

Uli Greiner

Zulässigkeit und Voraussetzungen einer einstweiligen
Verfügung auf negative Feststellung im Lauterkeitsrecht

Uli Greiner

Zulässigkeit und Voraussetzungen einer
einstweiligen Verfügung auf negative
Feststellung im Lauterkeitsrecht



TECHNISCHE UNIVERSITÄT
CHEMNITZ

Universitätsverlag Chemnitz

2015

Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Diese Arbeit wurde von der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Chemnitz als Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur. genehmigt.

Tag der Einreichung: 21.05.2014

Betreuer: Prof. Dr. Dagmar Gesmann-Nuissl

1. Gutachter: Prof. Dr. Dagmar Gesmann-Nuissl

2. Gutachter: Prof. Dr. Ludwig Gramlich

Vorsitzender der
Prüfungskommission: Prof. Dr. Fritz Helmedag

Tag der Verteidigung: 15.07.2014

Technische Universität Chemnitz/Universitätsbibliothek

Universitätsverlag Chemnitz

09107 Chemnitz

<http://www.tu-chemnitz.de/ub/univerlag>

Herstellung und Auslieferung

Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG

Am Hawerkamp 31

48155 Münster

<http://www.mv-verlag.de>

ISBN 978-3-944640-53-2

<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:ch1-qucosa-165461>

**Zulässigkeit und Voraussetzungen einer
einstweiligen Verfügung auf negative Feststellung
im Lauterkeitsrecht**

**Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doctor iuris (Dr. iur.) der Fakultät für
Wirtschaftswissenschaften an der
Technischen Universität Chemnitz**

**vorgelegt von
Uli Greiner
aus
Stuttgart**

2014

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte(r) Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	dass heißt
ders.	derselbe
DesignG	Designgesetz
e.V.	einstweilige Verfügung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-GRCharta	EU-Grundrechte-Charta

EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende
FK	Feststellungsklage
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gestaltungsklage
GKG	Gerichtskostengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KV	Kostenverzeichnis
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	Litera
LK	Leistungsklage
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
neg.	negative
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht

OVG	Oberverwaltungsgericht
PAngV	Preisangabenverordnung
PatG	Patentgesetz
pos.	positive
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
Rn.	Randnummer
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
sog.	sogenannte(s/r)
SortenSchG	Sortenschutzgesetz
TMG	Telemediengesetz
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tz.	Textziffer
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
VV	Vergütungsverzeichnis
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zentrales Schutzschriftenregister

A.)	Einführung.....	17
I.)	Abgrenzung der Thematik	17
II.)	Problemstellung	21
III.)	Erläuterung des Ziels und des Gangs der Untersuchung	24
IV.)	Begriff und Funktion des Lauterkeitsrechts.....	25
1.)	Lauterkeitsrecht und Kartellrecht	25
2.)	Gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht.....	26
3.)	Regelungsgehalt des Lauterkeitsrechts	26
V.)	Relevante Eigenheiten des Lauterkeitsverfahrensrechts und des materiellen Lauterkeitsrechts.....	28
1.)	Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG	28
2.)	Fliegender Gerichtsstand.....	30
3.)	Rechtsinstitut der Abmahnung	34
4.)	Ausschließliche Austragung von Rechtsstreitigkeiten in Verfügungsverfahren – Endgültige Streitbeilegung durch einstweilige Verfahren.....	38
5.)	Rechtsinstitut der Schutzschrift.....	41
6.)	Rechtsinstitut des Abschlussverfahrens.....	49
7.)	Problematik der Schadensbeizifferung	51
8.)	Kurze Verjährungsfrist lauterkeitsrechtlicher Ansprüche	54
9.)	Schnelllebigkeit geschäftlicher Handlungen.....	56
10.)	Weitreichende Aktivlegitimation für Unterlassungsansprüche	60
B.)	Ausgangslage lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten	63
I.)	Erläuterung der Grundkonstellation	63
1.)	Geschäftliche Handlung der Gegenpartei und Reaktion des Anspruchstellers.....	63
2.)	Reaktionsmöglichkeiten des Anspruchstellers	64
a.)	Abmahnung (§ 12 Abs. 1 UWG).....	64
b.)	Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung.....	65
c.)	Unterlassungsklage.....	67
d.)	Berühmung	69

e.)	Bewertung der Reaktionsmöglichkeiten	69
3.)	Konsequenzen unberechtigten Vorgehens und das verfahrensrechtliche Privileg	70
a.)	Konsequenzen unberechtigter Abmahnungen	70
b.)	Konsequenzen unberechtigter Unterlassungsklagen	73
c.)	Konsequenzen unberechtigter einstweiliger Verfügungen	74
d.)	Konsequenzen unberechtigter Berühmungen	76
e.)	Bewertung der Konsequenzen unberechtigten Vorgehens	76
II.)	Die Problemstellung	79
1.)	Vorteile des Antragstellers in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren	79
a.)	Fliegender Gerichtsstand des § 14 Abs. 2 S. 1 UWG für Mitbewerber	79
b.)	Zivilprozessuale Privilegierungen des Antragstellers im Verfügungsverfahren	79
aa.)	Form der Antragstellung	79
bb.)	Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes und des Verfügungsanspruchs	80
cc.)	Eidesstattliche Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung	82
dd.)	Anordnung auch ohne Glaubhaftmachung	83
ee.)	Möglichkeit der Entscheidung durch Beschluss (allein durch den Vorsitzenden)	85
ff.)	Überraschung des Antragsgegners als Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht	89
aaa.)	Überraschungsgedanke des einstweiligen Rechtsschutzes	89
bbb.)	Keine Zustellung erlassener Beschlussverfügungen an den Antragsgegner durch das Gericht	90
ccc.)	Keine Benachrichtigung des Antragsgegners über zurückgewiesene Verfügungsgesuche durch das befassende Gericht	90
ddd.)	Der Gesichtspunkt der Überraschung des Gegners bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen	91
gg.)	Einseitigkeit der richterlichen Hinweispflicht im Beschlussverfahren	92

hh.)	Wiederholte Verfügungsgesuche - Möglichkeit der Rücknahme von Verfügungsgesuchen	94
ii.)	Keine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen eine einstweilige Verfügung	97
c.)	Gesetzliche Vermutung des Verfügungsanspruchs	99
d.)	Schaffung vollendeter Tatsachen durch unberechtigte einstweilige Verfügungen.....	99
e.)	Verfahrensrechtliches Privileg bei der Inanspruchnahme gesetzlich vorgesehener Instrumentarien zur Anspruchsdurchsetzung	99
f.)	Kostenbelastung des Antragsgegners	100
2.)	Vorteile der Rechtsposition des Antragsgegners.....	101
a.)	Rechtsinstitut der Schutzschrift	101
b.)	Darlegungs- und „Glaubhaftmachungslast“ des Antragstellers für das Nichtvorliegen anspruchshindernder Tatsachen im einseitigen Verfahren	101
c.)	Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO	102
d.)	Möglichkeiten zur Beseitigung von einstweiligen Verfügungen.....	106
e.)	Mangelnder Einfluss ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen auf die materielle Rechtslage und auf Hauptsacheverfahren	108
f.)	Berücksichtigung der Interessen des Antragsgegners im Rahmen einer Interessenabwägung	109
g.)	Abmilderung durch Aufbrauchsfristen	111
3.)	Gegenüberstellung und Bewertung der prozessualen Stellung von Anspruchsteller und Anspruchsgegner in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren	113
a.)	Erhebliche Privilegierung des Antragstellers und geringe Schutzmöglichkeiten des Antragsgegners	113
b.)	Rechtfertigung der Benachteiligung des Antragsgegners aufgrund seiner Stellung als potentieller Schuldner	115
C.)	Systematik des zivilprozessualen Eilrechtsschutzes.....	117
I.)	Gesetzliche Vorgaben der §§ 935 ff. ZPO	117
1.)	Systematische Verortung und Funktion	117

2.)	Arrestverfahren als Grundtypus des einstweiligen Rechtsschutzes	119
3.)	Umfang der Regelung des Verfügungsverfahrens durch die §§ 935 ff. ZPO	120
4.)	Systematik der verschiedenen Arten einstweiliger Verfügungen	121
5.)	Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache.....	121
II.)	Gegenwärtige Ausgestaltung des Verfügungsverfahrens (im Lauterkeitsrecht)	122
1.)	Geltung des Grundsatzes des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache	122
2.)	Anerkennung der Befriedigungsverfügung	127
3.)	Weitgehend einseitige Ausgestaltung des Verfahrens durch weite Auslegung des § 937 Abs. 2 ZPO	129
4.)	Weiterentwicklung der lückenhaften gesetzlichen Vorgaben zum Verfahrens- recht und Entwicklung neuer Rechtsinstitute	130
III.)	Gegenüberstellung der gesetzlichen Vorgaben mit der gegenwärtigen Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten.....	130
D.)	Einstweilige Verfügungen mit dem Ziel der negativen Feststellung	133
I.)	Einleitung und Vorgehensweise zur Ermittlung der Statthaftigkeit.....	133
II.)	Mögliche Auswirkungen und Vorteile einer einstweiligen Verfügung auf negative Feststellung.....	135
1.)	Privilegien aus der Verfahrensstellung als Antragsteller könnten auch dem Anspruchsgegner zum Vorteil gereichen	136
2.)	Prozessökonomische Möglichkeit der (endgültigen) Streitbeilegung.....	136
3.)	Erzielung von Rechts- und Planungssicherheit.....	137
4.)	Verhinderung einer Selbstschädigung des Anspruchstellers.....	138
5.)	Negative Feststellungsverfügungen als Schutz gegen die überraschende Vollziehung von Unterlassungsverpflichtungen.....	140
6.)	Möglichkeit zum Schutz des Anspruchsgegners vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen.....	142
III.)	Meinungsstand zur Statthaftigkeit und zu den Wirkungen negativer Feststellungsverfügungen.....	143
1.)	Einwendungen gegen das Rechtsinstitut	143

2.) Vertretene Begründungen für die Anerkennung (negativer) Feststellungs- verfügungen und deren hypothetische Auswirkungen im Lauterkeitsrecht	145
a.) Endgültige Streitentscheidung durch Feststellungsverfügungen.....	145
aa.) Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	145
bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht.....	146
cc.) Stellungnahme	147
b.) Endgültige Streitentscheidung als Resultat des Wesens gerichtlicher Entscheidungen	149
aa.) Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	149
bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht.....	150
cc.) Stellungnahme	150
c.) Erhaltung der Möglichkeit zur Verhängung von Ordnungsgeldern nach Beendigung einmaliger Zuwiderhandlungen.....	151
aa.) Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	151
bb.) Stellungnahme	151
d.) Anerkennung infolge Appellwirkung.....	152
aa.) Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	152
bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht.....	153
cc.) Stellungnahme	153
e.) Konstellationen entbehrliehen Vollstreckungsdrucks	154
aa.) Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	154
f.) Anerkennung infolge signalisierter Akzeptanz der Parteien	155
aa.) Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	155
bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht.....	155
cc.) Stellungnahme	155
g.) Anerkennung infolge faktischer Auswirkungen auf das Verhalten Dritter	156
aa.) Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht	156
bb.) Stellungnahme	157

h.)	Instrument zur Erwirkung einer Einstellung der Zwangsvollstreckung von Unterlassungsverfügungen	158
aa.)	Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	158
bb.)	Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht.....	158
cc.)	Stellungnahme	158
i.)	Anerkennung infolge Präjudizialwirkung für die Feststellungsverfügung verwirklichende Verhaltensweisen.....	159
aa.)	Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	159
bb.)	Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht.....	160
cc.)	Stellungnahme	160
j.)	Feststellungsverfügung infolge einseitiger Erledigterklärung	161
aa.)	Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	161
bb.)	Stellungnahme	162
k.)	Negative Feststellungsverfügung in Bezug auf die Pflicht zur Weiterbeschäftigung nach Kündigung eines Arbeitsvertrages gemäß § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG.....	162
aa.)	Vertretene Wirkung von (negativen) Feststellungsverfügungen.....	162
bb.)	Stellungnahme	163
3.)	Stellungnahme zu dem vorherrschenden Meinungsstand zur Statthaftigkeit negativer Feststellungsverfügungen	164
IV.)	Eigene Begründungsansätze in Bezug auf die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen auf negative Feststellung im Lauterkeitsrecht	168
1.)	Einstweilige Verfügung auf negative Feststellung als Abwehrmaßnahme gegen Unterlassungsverfügungen	168
a.)	Zusammenfassung der Ausgangssituation	168
aa.)	Bedeutung (ungerechtfertigter) Unterlassungsverfügungen in der Praxis.....	168
bb.)	Voraussichtliche zukünftige Bedeutung einstweiliger Verfügungen bei der Durchsetzung von Rechten in gerichtlichen Verfahren	171
b.)	Reduzierung der Privilegierungen des Antragstellers als geeignetes Mittel zum Schutz der Rechte des Antragsgegners?.....	172

c.)	Einstweilige Verfügung auf negative Feststellung als geeignetes Schutzinstrument	174
aa.)	Schutz geschäftlicher Tätigkeiten gegen Beeinträchtigungen im Allgemeinen	175
bb.)	Schutz geschäftlicher Tätigkeiten gegen Beeinträchtigungen durch die unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen durch Verfahren zur Rechtsdurchsetzung	175
aaa.)	Außergerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs	176
bbb.)	Gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs	176
aaaa.)	Gefahr der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen in gerichtlichen Verfahren im Allgemeinen	176
bbbb.)	Geltendmachung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens	178
cccc.)	Geltendmachung im Rahmen eines Verfügungsverfahrens	180
cc.)	Auswirkungen negativer Feststellungsverfügungsverfahren auf gegenläufige Unterlassungsverfügungen und Unterlassungsverfügungs- verfahren.....	184
aaa.)	Systematik des Rechtsschutzes in Hauptsacheverfahren	185
aaaa.)	Rechtsschutzmöglichkeiten in Hauptsacheverfahren im Allgemeinen	185
bbbb.)	Rechtsschutzmöglichkeiten des Anspruchsgegners	188
bbb.)	Folgen einer Kollision gegenläufiger Klagen	188
aaaa.)	Rechtsprechung des BGH	188
bbbb.)	Stellungnahme zur Rechtsprechung des BGH.....	192
ccc.)	Widerspruch der deutschen Lösung der Kollisionsproblematik zur Rechtsprechung des EuGH im Anwendungsbereich der EuGVVO.....	196
ddd.)	Übertragbarkeit der Grundsätze der Rechtsprechung für das Verhältnis von Leistungsbegehren zu gegenläufigen negativen Feststellungsbegehren in Hauptsacheverfahren auf Verfügungs- verfahren.....	198
aaaa.)	Bedeutung der Rechtsinstitute der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft	199
bbbb.)	Vergleichbarkeit der Interessenlagen zwischen Hauptsache- und Verfügungsverfahren	201

cccc.) Auswirkungen auf das Verfügungsverfahren bei Übertragung der Kollisionslösung	206
eee.) Konsequenzen der mangelnden Anwendbarkeit der Lösung der Rechtsprechung für Hauptsacheverfahren auf Verfügungsverfahren	209
dd.) Auswirkungen negativer Feststellungsverfügungen auf gegenläufige Unterlassungsverfügungen und Unterlassungsverfügungsverfahren.....	210
aaa.) Bindungswirkung einstweiliger Verfügungen	211
bbb.) Bindungswirkung von Beschlussverfügungen	214
ccc.) Bindungswirkung negativer Feststellungsverfügungen gegenüber gegenläufigen Unterlassungsverfügungsverfahren	222
ddd.) Berücksichtigung der Bindungswirkung in nachfolgenden Verfügungsverfahren in der Praxis	224
ee.) Alternative Ableitung des gefundenen Ergebnisses aus der Tatbestandswirkung einstweiliger Verfügungen	224
aaa.) Rechtsprechung des BGH zur Tatbestandswirkung einstweiliger Verfügungen.....	225
bbb.) Kritik an der postulierten Tatbestandswirkung	227
ccc.) Tatbestandswirkung im Verhältnis zu gegenläufigen Verfügungsverfahren.....	227
ddd.) Tatbestandswirkung bei feststellendem Entscheidungsausspruch.....	228
eee.) Anknüpfungsmoment der Tatbestandswirkung bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten	229
fff.) Identität der Ergebnisse	230
ggg.) Stellungnahme zur Ableitung des Ergebnisses aus der Tatbestandswirkung einstweiliger Verfügungen	231
d.) Einstweilige Verfügungen auf Duldung geschäftlicher Handlungen als Alternative zu negativen Feststellungsverfügungen.....	231
e.) Verhältnis zum Rechtsinstitut der Schutzschrift	232
aa.) Vorteil einer einstweiligen Verfügungen auf negative Feststellung im Vergleich zu einer Schutzschrift	232
bb.) Bedürfnis des Anspruchsgegners nach weiterreichendem Schutz.....	235

f.)	Schutzzumfang einer vorläufigen negativen Feststellungsentscheidung	236
2.)	Einstweilige Verfügung auf negative Feststellung als Instrument zur Erzwingung einer Beteiligung des Anspruchsgegners an dem Verfahren	237
a.)	Bedeutung der Wahl der Verfahrensart nach § 937 Abs. 2 ZPO für die Parteien in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten	237
b.)	Auswirkungen der Wahl des Urteilsverfahrens bei einer negativen Feststellungsverfügung	239
c.)	Absicherung der Verfahrensbeteiligung des Anspruchsgegners bei der Entscheidung über eine negative Feststellungsverfügung im Urteilsverfahren.....	240
V.)	Vereinbarkeit einer einstweiligen Verfügung auf negative Feststellung mit dem System vorläufigen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht	243
1.)	Grundkonstellation.....	243
2.)	Einfluss des Rechtsinstituts auf die Möglichkeit der prozessökonomischen Beilegung lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten.....	244
3.)	Vereinbarkeit mit der Systematik der §§ 935 ff. ZPO.....	250
VI.)	Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben.....	252
1.)	Das Verhältnis des Zivilverfahrensrechts zum Verfassungsrecht	252
2.)	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des (Eil-) Rechtsschutzes	254
a.)	Grundsatz der Waffengleichheit	254
b.)	Recht auf effektiven Rechtsschutz	261
3.)	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Voraussetzungen für die Gewährung von Eilrechtsschutz.....	264
VII.)	Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben.....	266
1.)	Verfahrensrechtliche Vorgaben des Sekundärrechts	267
2.)	Vorgaben der Europäischen Grundrechtecharta, der EMRK und des europäischen Primärrechts.....	269
VIII.)	Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Übereinkommen mit Bezug zum Lauterkeitsrecht	271
1.)	Vorgaben der PVÜ.....	271

2.)	Anforderungen des TRIPs	272
E.)	Weitere Voraussetzungen neben der Statthaftigkeit	275
I.)	Herleitung der weiteren Voraussetzungen	275
II.)	Überblick über die allgemeinen Prozessvoraussetzungen	276
1.)	Eingreifen der deutschen Gerichtsbarkeit	276
2.)	Eröffnung des Zivilrechtswegs	276
3.)	Parteifähigkeit.....	277
4.)	Prozessfähigkeit	277
5.)	Postulationsfähigkeit.....	277
6.)	Prozessführungsbefugnis	278
7.)	Sachliche Zuständigkeit des befassen Gerichts.....	278
8.)	Keine anderweitige Rechtshängigkeit	278
9.)	Keine entgegenstehende Rechtskraft	279
10.)	Ordnungsgemäßes Verfügungsgesuch.....	280
11.)	Rechtsschutzbedürfnis	281
III.)	Gerichtsstand	282
IV.)	Sonstige Voraussetzungen.....	285
1.)	Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs	285
2.)	Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes	286
3.)	Erfordernis einer Abwägung der gegenüberstehenden Interessen.....	287
4.)	Feststellungsinteresse	288
a.)	Erforderlichkeit eines Feststellungsinteresses	288
b.)	Entstehung des Feststellungsinteresses	290
aa.)	Aufgrund vorheriger Abmahnung.....	290
bb.)	Aufgrund vorheriger Berühmung	290
cc.)	Sonstige Fälle	291
5.)	Erforderlichkeit einer Gegenabmahnung	291
F.)	Haftung nach § 945 ZPO bei ungerechtfertigten negativen Feststellungs- verfügungen	295

G.)	Kosten	297
H.)	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	299
	Literaturverzeichnis	303

A.) Einführung

I.) Abgrenzung der Thematik

Die vorliegende Bearbeitung befasst sich mit der Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten zulässig ist, im Wege einer einstweiligen Verfügung (im Folgenden: e.V.) gerichtlich feststellen zu lassen, dass ein von einem Gegner geltend gemachter Unterlassungsanspruch nicht besteht.

Bereits die Frage, ob und in welchem Umfang e.V.'en mit feststellendem Inhalt¹ im Allgemeinen anzuerkennen sind, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.² Unter den Vertretern, die das Rechtsinstrument für statthaft erachten, besteht wiederum Uneinigkeit über die Wirkungen vorläufiger Feststellungsentscheidungen.³

Während in der Diskussion bisher selten zwischen positiver und negativer (im Folgenden: neg.) Feststellung differenziert wurde⁴, soll der Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung auf e.V.'en auf neg. Feststellung (das heißt mit dem Ziel der Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses) eingegrenzt werden. In Bezug auf Streitigkeiten über das Bestehen bzw. die Durchsetzung von Ansprüchen sind bei einem neg. Feststellungsbegehren, im Vergleich zu einem positiven Feststellungsbegehren, weitere interessante Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die relevant für die Beurteilung der Statthaftigkeit sein können. Eine neg. Feststellung wird bei Streitigkeiten über Ansprüche vonseiten des Anspruchsgegners, also der Partei, gegen die ein Anspruch geltend gemacht wird, begehrt. Dementsprechend handelt es sich bei der neg. Feststellungsklage (vgl. § 256 Abs. 1 Var. 2 ZPO) primär um einen Rechtsbehelf zur Verteidigung gegen ein fremdes unberechtigtes Anspruchsbegehren.⁵ Hierin besteht eine Besonderheit neg.

¹ Bzw. entsprechende Verfügungsgesuche mit dem Ziel der negativen Feststellung.

² Vgl. bspw. *Kohler*, Z郑 103 (1990) 184; *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1358; *Starek*, S. 171; *Berger*, Z郑 110 (1997) 287, 299; *Grunsky*, JuS 1976, 277, 284 f.; *ders.* in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 60; *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1193; *Jauernig*, Z郑 79 (1966) 321, 325; *Schäfer*, Rn. 27; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 465a; *Retzer* in Harte/Henning, § 12, Rn. 283; *Morbach*, S. 106 f.; BVerwG, Beschluss vom 15.03.1995, 6 P 31/93, NVwZ 1997, 80; BAG, Urteil vom 21.05.1974, 1 AZR 279/73, DB 1974, 2015, Rn. 20; BGHZ 156, 335, 342 ff. - *Euro-Einführungsrabatt*.

³ Siehe hierzu die Ausführungen unter D.) III.), S. 143 ff.

⁴ Siehe bspw. *Grunsky*, JuS 1976, 277, 284 f.; *Jauernig*, Z郑 79 (1966) 321, 325; *Retzer* in Harte/Henning, § 12, Rn. 283; differenzierend hingegen *Bernreuther*, WRP 2010, 1191 sowie *Kohler*, Z郑 103 (1990) 184, 201 ff.

⁵ *Schellhammer*, Rn. 190.

Feststellungsbegehren⁶ im Vergleich zu positiven Feststellungsbegehren und vor allem gegenüber Leistungsbegehren, die sowohl in Hauptsache- als auch in Eilverfahren den größten Anteil gerichtlich geltend gemachter Begehren bilden.⁷ Während positive Feststellungsbegehren in dem System der ZPO häufig lediglich die Rolle eines in einem Leistungsbegehren enthaltenen „Minus“ einnehmen, kommt neg. Feststellungsbegehren in der zivilprozessualen Systematik eine Sonderrolle zu⁸.

Zudem wird die Thematik der Bearbeitung auf e.V.'en auf negative Feststellung im Lauterkeitsrecht, speziell in Bezug auf Unterlassungsansprüche, eingegrenzt.

Der Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 S. 1 Var. 2 UWG) ist der wichtigste lauterkeitsrechtliche Anspruch⁹, er ermöglicht die Verhinderung weiterer zukünftiger Verstöße und damit die Rückkehr zu einem lauterem Wettbewerb. Dies ist im Wettbewerbsgeschehen im Allgemeinen von größerer Bedeutung als die Kompensation eingetretener Schäden.¹⁰

E.V.'en nehmen im Lauterkeitsrecht eine besonders wichtige Rolle bei der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen ein.¹¹ Ansprüche¹² werden nach dem Leitbild der ZPO durch Leistungsklagen¹³, d. h. in einem zivilprozessualen Hauptsacheverfahren durchgesetzt.¹⁴ Die

⁶ Stetter-Lingemann, S. 1.

⁷ Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 74.

⁸ Baltzer, S. 82 ff.

⁹ Nirk/Kurtze, Rn. 19; vgl. Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 1.3; Bergmann/Goldmann in Harte/Henning, § 8, Rn. 1; Fritzsche in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 79, Rn. 4.; Teplitzky, Kap. 2, Rn. 14; Ahrens/Ahrens, Einleitung, Ziff. 1, Kap. 14, Rn. 3; Berneke, Rn. 6; Großkomm/Köhler, Vor § 13, Rn. 22; Hasselblatt/Spuhler/Vykydal, § 3, Rn. 1 („magna charta“ des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb“); Speckmann, Rn. 53 und 386; Hasselblatt/Pitz, § 5, Rn. 5; Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 18; Nordemann, Rn. 1663; Emmerich, § 21, Rn. 5; Alexander, S. 177 f.; Piehler, S. 45.

¹⁰ Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 17; Speckmann; Rn. 53; Teplitzky, Kap. 2, Rn. 14, verdeutlicht wird dies auch durch die bei Wettbewerbsstreitigkeiten im weiteren Sinne angesetzten Streitwerte für Unterlassungsansprüche, deren Höhe Personen ohne einschlägige Fachkunde oftmals überrascht.

¹¹ Ahrens/Jestaedt, Kap 43, Rn. 1; Teplitzky, Kap. 53, Rn. 1, Kap. 36, Rn. 1; Schuschke/Walker, vor § 916 – 945, Rn. 5; Schuschke/Walker/Kessen, Anhang zu § 935, Rn. 1; Walker, Rn. 7 und 27; Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 99, Rn. 1; Nirk/Kurtze, Rn. 201 und 212; Fischer in Prütting/Gehrlein, § 935, Rn. 8; Berneke, Rn. 16; v. Falckenstein, Rn. 134; Hasselblatt/Pitz, § 5, Rn. 1; Hasselblatt/Lensing-Kramer, § 5, Rn. 83; Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 1; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 107; Speckmann, Rn. 464; Stürner, ZJP 125 (2012) 3, 4; Mes/Bopp/Sonntag, S. 37; Morbach, S. 1; Kehl in FS für Loschelder, S. 139.

¹² Vgl. zu dem Begriff des Anspruchs die Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB.

¹³ Zur Systematik des Rechtsschutzes in Hauptsacheverfahren siehe die Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) aaa.), S. 185 ff.

¹⁴ Büscher/Dittmer/Schiwy, Vor § 12 UWG, Rn. 4.

gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen im Wege der e.V. ist eine Ausnahme und im Allgemeinen nur unter besonderen Bedingungen möglich.¹⁵ Im Lauterkeitsrecht ist die Durchsetzbarkeit des Unterlassungsanspruchs im Wege der e.V. unter privilegierten Bedingungen möglich (§ 12 Abs. 2 UWG).¹⁶ Neben den Rechtsgebieten des Arbeitsrechts, des Presserechts¹⁷ und des Persönlichkeitsschutzrechts handelt es sich bei dem Lauterkeitsrecht um einen der wichtigsten Anwendungsbereiche e.V.'en.¹⁸ Im Vergleich zu Klagen nehmen e.V.'en in diesem Rechtsgebiet eine mindestens ebenso gewichtige Rolle bei der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen ein. Unterlassungsstreitigkeiten werden hier häufiger in Eilverfahren als in Hauptsacheverfahren ausgetragen.¹⁹ Eine Besonderheit lauterkeitsrechtlicher Verfügungsverfahren stellt es dar, dass diese regelmäßig als Beschlussverfahren, das heißt ohne mündliche Verhandlung (vgl. § 937 Abs. 2 ZPO), durchgeführt werden.²⁰

¹⁵ Siehe hierzu die Ausführungen unter C.) I.) 5.), S. 121 f.

¹⁶ Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 3.1; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 107; Teplitzky, Kap. 36, Rn. 1.

¹⁷ Siehe zum einstweiligen Rechtsschutz im Presserecht auch die Ausführungen unter Fn. 293.

¹⁸ Schuschke/Walker, Vor § 935, Rn. 30; Walker, Rn. 7 und 138; Krieger, GRUR 1975, 168; Ganslmayer, S. 15 und 40, der davon ausgeht, dass Wettbewerbssachen den bedeutendsten Anwendungsbereich e.V.'en bilden; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 76, Rn. 37, m.w.N.; vgl. zur Relevanz e.V.'en im Lauterkeitsrecht auch Mantzourani-Tschaschnig, S. 1; Baur, BB 1964, 607, 608; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 107; Stürmer, ZZP 125 (2012) 3, 4; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 3 f.; Teplitzky, Kap. 53, Rn. 1; Ulrich, GRUR 1985, 201; Piehler, S. 44; Borck, MDR 1988, 908, 910.

¹⁹ Teplitzky, Kap. 44, Rn. 1, Kap. 53, Rn. 1, Kap. 54, Rn. 3; Ahrens/Jestaedt, Kap. 43, Rn. 1; Ahrens/Ahrens, Einleitung, Ziff. 5; Ahrens/Schmukle, Kap. 44, Rn. 5; Büscher/Dittmer/Schiwy, § 12 UWG, Rn. 27; Fritze, GRUR 1979, 290, 291; Nirk/Kurtze, Rn. 215 und 424; Speckmann, Rn. 68 und 386; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt H, Vor Rn. 212; Alexander, S. 178; Ganslmayer, S. 15; Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 374 ff., m.w.N., („Regelfall“); vgl. auch v. Falckenstein, Rn. 134 ff. sowie 142 ff.; Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 116; Berneke, Rn. 16; Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 1; Nordemann, Rn. 1607; Schuschke/Walker, Vor § 935, Rn. 86; Holzapfel, GRUR 2003, 287; Borck, MDR 1988, 908; Emmerich, § 26, Rn. 1; Piehler, S. 61, „normaler Weg der Rechtsverfolgung“; Ulrich, GRUR 1985, 201, der einen Anteil von ca. 75% anführt; Morbach, S. 1; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1177; siehe auch die Werte bei Hilgard, S. 6 f., der anführt, dass das Verhältnis von Verfügungsgesuchen zu Unterlassungsklagen in Wettbewerbssachen bei ca. 4:1 liegt, während das allgemeine Verhältnis von Verfügungsgesuchen zu Klagen bei den Landgerichten 1:10 beträgt, sowie bei Klaka, GRUR 1979, 593, 594 f.

²⁰ Teplitzky, GRUR 1978, 286, führt hierzu an, die Praktiker, zumal in der Rechtsanwaltschaft, neigten leicht zur Verdrängung der Existenz des § 937 Abs. 2 ZPO und vermutet, dass die Voraussetzungen für die Wahl des Beschlussverfahrens tatsächlich nur in einer erschreckend geringen Anzahl von Fällen tatsächlich gegeben ist (WRP 1980, 73, 75); Klaka, GRUR 1979, 593, 598; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt H, Rn. 337 und 346; Melullis, Rn. 196 f., der anführt, dass bei der Interessenabwägung über die Erforderlichkeit in der Regel den Belangen des Antragstellers das Übergewicht eingeräumt wird; Mes/Bopp/Sonntag, S. 40; Schulz, GRUR-Prax 2011, 313; Hasselblatt/Lensing-Kramer, § 5, Rn. 31; Ahrens/Deutsch, Kap. 1, Rn. 23; Piehler, S. 24 f. und 44; Ahrens/Scharen, Kap. 51, Rn. 5; Berneke, Rn. 16; Borck, MDR 1988, 908, 910; Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 81; Hilgard, S. 9; Schuschke/Walker, § 937, Rn. 13; Walker, Rn. 608; MüKoZPO/Drescher, § 935, Rn. 80, der darin eine Verletzung der rechtsstaatlichen Verfahrensrechte des Antragsgegners sieht; Speckmann, Rn. 489;

Obwohl einstweiligem Rechtsschutz in Form von e.V.'en im Lauterkeitsrecht eine herausragende Bedeutung zukommt, hat die allgemein zivilprozessuale Diskussion über die Anerkennung e.V.'en auf negative Feststellung bisher keinen Eingang in dieses Rechtsgebiet gefunden, das Rechtsinstrument wird hier bislang kaum diskutiert.²¹

Aufgrund der Besonderheiten des Lauterkeitsverfahrensrechts²² und der großen Bedeutung des Eilrechtsschutzes im Lauterkeitsrecht²³ soll die Frage der Zulässigkeit des Rechtsinstruments im Lauterkeitsrecht gesondert begutachtet werden.

Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 937, Rn. 7; Engelschall, GRUR 1972, 103; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1207; OLG Hamburg, Urteil vom 06.12.2006, 5 U 67/06, GRUR 2007, 614, 615 – *forum shopping*; Urteil vom 20.04.1995, 3 U 25/95, WRP 1995, 854 – *Traumkonditionen*; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 83; siehe auch Deutsch, GRUR 1990, 327; Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 116; Danckwerts, GRUR 2008, 763; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 115; sowie die Auswertung von v. Falckenstein (Rn. 134) über die Tätigkeit der Verbraucherverbände auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, wonach in knapp 80% der Verfügungsgesuche diese ohne mündliche Verhandlung erlassen wurden.

²¹ Vgl. Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 3.11; Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 283; siehe neuerdings Berneuther, WRP 2010, 1191 ff.; Teplitzky, Kap. 43, Fn. 1; Berneke, Rn. 44.

²² Siehe zu den Besonderheiten des Lauterkeitsverfahrensrechts auch nachfolgende Ausführungen unter A.) V.), S. 28 ff. und B.) II.), S. 79 ff.

²³ Siehe hierzu die Ausführungen unter Fn. 11 und 19.

II.) Problemstellung

Einstweiliger Rechtsschutz nimmt in vielen Rechtsgebieten eine wichtige Rolle ein. Die zivilprozessualen Verfahrensgarantien für Hauptsacheverfahren und die knappen Ressourcen der Justiz bedingen eine erhebliche Mindestverfahrensdauer von Hauptsacheverfahren.²⁴ In Rechtsgebieten wie dem Lauterkeitsrecht²⁵, aber bspw. auch dem Persönlichkeitsschutzrecht oder dem Presserecht, in denen die Interessen der Betroffenen rasch in gravierender Weise beeinträchtigt werden können und typischerweise kein dauerhaftes Interesse des Handelnden an der beeinträchtigenden Maßnahme besteht, existiert ein dringendes Bedürfnis nach effektivem Eilrechtsschutz. Nur Eilrechtsschutz ist in diesen Fällen geeignet, beeinträchtigende Maßnahmen bereits im Vorfeld zu verhindern oder im Verletzungsfall weitere Beeinträchtigungen rasch zu unterbinden. Hauptsacheverfahren, die ggf. erst nach Monaten oder Jahren zu einer (zumindest vorläufig) vollstreckbaren Entscheidung führen²⁶, können den Betroffenen regelmäßig keinen rechtzeitigen Rechtsschutz in der Sache (Primärrechtsschutz) verschaffen²⁷. Die geschäftliche Handlung, deren Unterlassung der Anspruchsteller begehrt, wurde regelmäßig bereits vorgenommen und ist nach Monaten oder Jahren typischerweise nicht mehr aktuell.

Für das Lauterkeitsrecht ist anerkannt, dass regelmäßig ein Bedürfnis nach Eilrechtsschutz besteht²⁸, was auch die Existenz des § 12 Abs. 2 UWG belegt²⁹. Das UWG befasst sich mit dem Verhalten der Beteiligten am Markt. Hier werden fortlaufend geschäftliche Handlungen vorgenommen, welche die Stellung eines Unternehmens verbessern und die eines anderen absichtlich oder als (unvermeidliche) Folge einer Konkurrenzsituation verschlechtern.³⁰ Durch die stetig wachsende Bedeutung der Massenkommunikation in der Informationsgesellschaft und der Möglichkeit, über das Internet kostengünstig und sekundenschnell weltweit geschäftliche Handlungen vornehmen zu können, wird das Bedürfnis nach Eilrechtsschutz auch in Zukunft weiter fortbestehen und voraussichtlich noch

²⁴ Siehe zur Arbeitsüberlastung der Gerichte und der Beziehung dieses Gesichtspunktes zur Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes auch *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmaier*, Abschnitt A, Rn. 1; vgl. auch *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, Vor § 916, Rn. 1.

²⁵ Siehe in Bezug auf die Situation im Lauterkeitsrecht die Ausführungen unter A.) V.) 9.), S. 56 ff.

²⁶ *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, Vor § 916, Rn. 1; vgl. auch *Teplitzky*, Kap. 53, Rn. 1.

²⁷ *Ahrens/Schmukle*, Kap. 44, Rn. 9; *Teplitzky*, Kap. 53, Rn. 1; *Schuschke/Walker/Kessen*, Anhang zu § 935, Rn. 1.

²⁸ *Ahrens/Jestaedt*, Kap. 43, Rn. 4.

²⁹ *Ahrens/Jestaedt*, Kap. 43, Rn. 4; siehe diesbezüglich auch die Ausführungen unter A.) V.) 1.), S. 28 ff.

³⁰ *Köhler/Bornkamm*, § 4, Rn. 10.7.

anwachsen. Hierzu dürfte auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des UWG durch die Novelle von 2008³¹ beitragen, durch die der sachliche Anwendungsbereich des UWG auch auf unlautere Verhaltensweisen bei oder nach einem Geschäftsabschluss erstreckt wurde (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)³².

Mit dem Bedürfnis der Anspruchsteller nach effektivem Eilrechtsschutz³³ korrespondiert ein Interesse der durch den Eilrechtsschutz Betroffenen an der Wahrung ihrer Interessen. Die prozessuale Stellung der Parteien ist in Hauptsacheverfahren und e.V. – Verfahren unterschiedlich ausgestaltet. Die zivilprozessualen Regelungen des vorläufigen Rechtsschutzes führen, insbesondere in der besonderen Ausgestaltung, die sie im Lauterkeitsrecht erfahren haben, zu einer erheblichen Verkürzung der Rechtsposition von Anspruchsgegnern im Vergleich zu einem entsprechenden Hauptsacheverfahren.³⁴ Diese Unterschiede in den Verfahrensarten können zu Eilentscheidungen führen, die der materiellen Rechtslage widersprechen.³⁵ Dieser Gefahr war und ist sich auch der Gesetzgeber bewusst, wie die Vorschriften der §§ 945 und 926 (i.V.m. 936) ZPO belegen.³⁶ Von dem Anspruchsteller kann diese Möglichkeit (unbewusst oder bewusst) dazu genutzt werden, um einen der materiellen Rechtslage zuwiderlaufenden Vollstreckungstitel zu erwirken. Die oben³⁷ dargelegte Rechtsentwicklung wirkt sich damit primär zugunsten des Anspruchstellers und zulasten des Anspruchsgegners aus. Sie führt dazu, dass sich ein Anspruchsgegner oftmals mit einer Unterlassungsverfügung konfrontiert sieht, gegen deren Erlass er sich nicht wirksam zur Wehr setzen konnte³⁸ und gegen die, aufgrund der Schnelllebigkeit geschäftlicher Handlungen³⁹, oftmals keine Möglichkeit zur Verfügung steht, sich rechtzeitig zu verteidigen. Dies kann dazu führen, dass Anspruchsgegner durch e.V.'en widerrechtlich geschädigt

³¹ Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl. I 2008, 2949.

³² Vgl. Piper/Ohly/Sosnitza, § 2, Rn. 21 f.; Köhler/Bornkamm, § 2, Rn. 6; Keller in Harte/Henning, § 2, Rn. 1.

³³ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 9.), S. 56 ff.

³⁴ Siehe nachfolgende Ausführungen unter B.) II.), S. 79 ff.

³⁵ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 469.

³⁶ Vgl. die Ausführungen unter B.) II.) 2.) c.), S. 103 ff.

³⁷ Siehe S. 18 f.

³⁸ Vgl. Ahrens/Schmukle, Kap. 44, Rn. 4.

³⁹ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 9.), S. 56 ff.

werden⁴⁰, ohne sich dagegen nach vorherrschender Rechtslage rechtzeitig und effektiv schützen zu können.⁴¹

Mit dieser Bearbeitung soll untersucht werden, ob eine e.V. auf neg. Feststellung in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten geeignet wäre, die Rechtsposition von Anspruchsgegnern zu verbessern, insbesondere sie vor einer unberechtigten Erwirkung von Unterlassungsverfügungen durch Anspruchsteller zu schützen, und ob das Rechtsinstrument nach vorherrschender Rechtslage als statthaft anerkannt werden kann.

⁴⁰ Teplitzky, Kap. 53, Rn. 4; Ahrens/*Schmukle*, Kap. 44, Rn. 4.

⁴¹ A.A. wohl *Kohler*, ZZP 103 (1990) 184, 203, der anführt, dass im Rahmen von Verfügungsverfahren die Verteidigungsmittel innerhalb des gegnerischen Verfahrens, soweit sie regelmäßig zur Verteidigung genügen, evtl. in Kombination mit einer Schutzschrift, dem Verteidigungsinteresse des Rechtsschutzsuchenden genügen können.

III.) Erläuterung des Ziels und des Gangs der Untersuchung

Das Thema dieser Untersuchung wird voraussichtlich nicht zu einem Ergebnis führen, das auf allgemeine Zustimmung stößt. Dafür kombiniert es zu viele kontrovers diskutierte Rechtsfragen, wie die der Anerkennung von e.V.'en mit dem Ziel der Feststellung im Allgemeinen bzw. der Zulässigkeit entsprechender Verfügungsgesuche, der Anwendbarkeit und Übertragbarkeit zivilprozessualer Vorgaben für das Hauptsacheverfahren auf das Verfügungsverfahren und des Schutzes von Anspruchsgegnern lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsverfügungsverfahren. Zudem wirft es die - bislang kaum diskutierte - Frage der Anerkennung von e.V.'en mit dem Ziel der neg. Feststellung auf.

Aufgrund dieser Vorbedingungen wird die vorliegende Untersuchung zahlreiche Ansatzpunkte für Kritik und Diskussionen liefern. Sie soll hierdurch einen Beitrag zu den Fragen leisten, ob in bestimmten Konstellationen e.V.'en auf neg. Feststellung anzuerkennen sind und Anspruchsgegner lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsverfügungsverfahren durch die vorherrschende Rechtslage ausreichend geschützt werden.

Nachfolgend soll zunächst die Problematik der Situation eines Anspruchsgegners in einem lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren dargelegt und die Frage der Angemessenheit der vorherrschenden Rechtspraxis aufgeworfen werden. Daraufhin wird die Systematik des zivilprozessualen Eilrechtsschutzes kurz beleuchtet werden. Sodann soll das Instrument einer e.V. auf (neg.) Feststellung eingeführt und daraufhin untersucht werden, ob es geeignet ist, die Situation des Anspruchsgegners zu verbessern, indem bestehende Ungleichheiten abgebaut werden, zugleich aber die rechtsstaatlich gebotene Effektivität der Instrumente des einstweiligen Rechtsschutzes unberührt bleibt. Für die Untersuchung wird zunächst geprüft, welche Auswirkungen eine e.V. auf neg. Feststellung in Unterlassungsstreitigkeiten hätte. Sowie in einem zweiten Schritt, ob sie sich stimmig in das System des vorläufigen Rechtsschutzes in seiner besonderen Ausgestaltung, das es im Lauterkeitsrecht erfahren hat, einfügen würde. Sofern dies zu bejahen ist, stellt sich die Folgefrage, ob es zum Schutz des Anspruchsgegners lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten geboten ist, ein entsprechendes Rechtsinstrument anzuerkennen und ob das Rechtsinstrument auch mit höherrangigen Rechtsquellen zu vereinbaren ist. Sofern auch dies der Fall ist, soll abschließend der Vollständigkeit halber auf Einzelfragen eingegangen werden, die sich in Bezug auf den Rechtsbehelf stellen.

IV.) Begriff und Funktion des Lauterkeitsrechts

Zur Verdeutlichung des sachlichen Anwendungsbereichs der vorliegenden Arbeit soll der Begriff des Lauterkeitsrechts kurz erläutert und der rechtliche Gesamtzusammenhang aufgezeigt werden, in den das Rechtsgebiet einzuordnen ist.

Das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb wird durch die Wettbewerbsrechtsordnung geregelt. Diese umfasst insbesondere das Lauterkeitsrecht (UWG nebst diversen Nebengesetzen), das Kartellrecht (GWB nebst europäischen Vorgaben zum Kartellrecht) und die Gesetze über die gewerblichen Schutzrechte sowie das Urheberrecht.

1.) Lauterkeitsrecht und Kartellrecht

Sowohl das Lauterkeitsrecht als auch das Kartellrecht dient dem Schutz des Wettbewerbs.⁴² In Bezug auf die inhaltliche Abgrenzung und die Überschneidungen beider Rechtsgebiete wird auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen.⁴³

Der Begriff Wettbewerbsrecht wird nicht einheitlich verwendet.⁴⁴ Die vorliegend interessierenden Streitigkeiten aufgrund des UWG wurden ursprünglich als Wettbewerbsstreitigkeiten bezeichnet⁴⁵ und das Lauterkeitsrecht wird auch als Wettbewerbsrecht im „engeren Sinne“ bezeichnet.⁴⁶ Allerdings wurde auf europäischer Ebene der Begriff des „competition law“ für die Regeln des europäischen Kartellrechts geläufig, weshalb auch auf nationaler Ebene der Begriff des Wettbewerbsrechts für das Kartellrecht Verwendung findet.⁴⁷ In vorliegender Arbeit wird der Begriff des Wettbewerbsrechts ausschließlich für lauterkeitsrechtliche und nicht für kartellrechtliche Streitigkeiten verwendet.

⁴² Holtorf in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 16, Rn. 1; Köhler/Bornkamm, Einleitung, Rn. 6.1, 6.11 ff.

⁴³ Vgl. Köhler/Bornkamm, Einleitung, Rn. 6.14 ff.; Holtorf in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 16, Rn. 6 ff.

⁴⁴ Piper/Ohly/Sosnitza, Einleitung Abschnitt A, Rn. 2.

⁴⁵ Siehe zur Terminologie Glöckner in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 17, Rn. 1.

⁴⁶ Ahrens/Ahrens, Einleitung, Ziff. 2; Piper/Ohly/Sosnitza, Einleitung Abschnitt A, Rn. 2; Glöckner, S. 4.

⁴⁷ Glöckner, S. 4, m.w.N.

2.) Gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht

Die gewerblichen Schutzrechte⁴⁸ und das Urheberrecht sind mit dem Wettbewerbsrecht verwandt⁴⁹, so wird bspw. das Kennzeichenrecht dem „Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne“ zugeordnet.⁵⁰ Das allgemeinere UWG und die spezialgesetzlichen Schutzrechtsgesetze nähern sich insbesondere im Bereich des ergänzenden Leistungsschutzes (§ 4 Nr. 9 UWG) einander an⁵¹, sie unterscheiden sich aber bspw. in ihrem Charakter. Während das UWG schuldrechtliche Verhaltenspflichten begründet⁵², handelt es sich bei den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht um absolute Rechte⁵³ an immateriellen Gütern. Insoweit besteht ein gravierender dogmatischer Unterschied, der sich bspw. in den Möglichkeiten der Schadensberechnung⁵⁴ und dem Kreis der Aktivlegitimierten⁵⁵ niederschlägt.

Das Anspruchsinstrumentarium der Schutzrechtsgesetze und des UWG sind zwar sehr ähnlich ausgestaltet, bei der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen nach den Spezialgesetzen durch e.V.'en verfährt die Rechtsprechung jedoch wesentlich zurückhaltender als bei dem lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch⁵⁶.

3.) Regelungsgehalt des Lauterkeitsrechts

Das Lauterkeitsrecht statuiert Verhaltenspflichten im Wettbewerb.⁵⁷ Es wird auch als „Sonderdeliktsrecht“ für geschäftlich Tätige bezeichnet.⁵⁸ Verstöße gegen das UWG sind

⁴⁸ Die wichtigsten gewerblichen Schutzrechte sind das Patent, das Gebrauchsmuster, die Kennzeichenrechte (insbesondere Marke und Firma) sowie das Geschmacksmuster.

⁴⁹ *Teplitzky*, Kap. 44, Rn. 5.

⁵⁰ *Piper/Ohly/Sosnitza*, Einleitung Abschnitt D, Rn. 82.

⁵¹ *Piper/Ohly/Sosnitza*, Einleitung Abschnitt D, Rn. 78.

⁵² *FA-GewRS/Mittelstaedt*, Kap. 6, Rn. 128; *Piper/Ohly/Sosnitza*, Einleitung Abschnitt A, Rn. 3; vgl. auch *Glöckner*, S. 7.

⁵³ *Piper/Ohly/Sosnitza*, Einleitung Abschnitt A, Rn. 3; *FA-GewRS/Mittelstaedt*, Kap. 6, Rn. 128.

⁵⁴ Vgl. diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 7.), S. 51 ff.

⁵⁵ Während bei der Verletzung absoluter Rechte grundsätzlich nur der Rechtsinhaber und ggf. ein Lizenznehmer anspruchsberechtigt ist, kann bei Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht ein weiter Kreis von Personen aktivlegitimiert sein. Siehe diesbezüglich nachfolgende Ausführungen unter A.) V.) 10.), S. 60 f.

⁵⁶ *Ahrens*, NJW 1982, 2477; *Baur*, BB 1964, 607, 610.

⁵⁷ *Glöckner*, S. 7; *Piper/Ohly/Sosnitza*, Einleitung Abschnitt A, Rn. 1.

⁵⁸ *Keller* in *Harte/Henning*, § 2, Rn. 3; *Köhler/Bornkamm*, § 9, Rn. 1.2; vgl. auch *Krieger*, GRUR 1975, 168, 169; BGHZ 36, 252, 254 ff. - *Gründerbildnis*.

daher wie Verstöße gegen die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB als unerlaubte Handlungen zu qualifizieren.⁵⁹

Aufgrund der tatbestandlich weiten Fassung des Anknüpfungsmerkmals der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) und der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG genießt das UWG grundsätzlich einen weiten Anwendungsbereich. In Bezug auf geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern ist indes zu berücksichtigen, dass das UWG durch die *Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern* vollumfänglich harmonisiert wurde, das heißt, der lauterkeitsrechtliche Schutz durch das UWG darf nach dieser europäischen Vorgabe weder hinter dem durch die Richtlinie normierten Schutzzumfang zurückbleiben, noch über diesen hinausgehen⁶⁰. Lediglich für den Bereich der irreführenden oder vergleichenden Werbung⁶¹ dürfen die Mitgliedstaaten nach der von der Vollharmonisierung nicht betroffenen Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung⁶² einen weiterreichenden Schutzzumfang gewähren.⁶³

⁵⁹ BGH, Urteil vom 18.10.2001, I ZR 22/99, GRUR 2002, 618, 619 – *Meißner Dekor*; Urteil vom 14.01.1999, I ZR 203/96, GRUR 1999, 751, 754 – *Güllepumpen*; BGHZ 130, 288, 297 – *Kurze Verjährungsfrist*; Keller in Harte/Henning, § 2, Rn. 3.

⁶⁰ Vgl. die Erwägungsgründe 5 f. und 11 ff. der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, berichtigt im ABl. L 253 vom 25.9.2009, S. 18).

⁶¹ im UWG in den §§ 5 und 6 geregelt.

⁶² Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABl. L 250 vom 19.9.1984, S. 17).

⁶³ Vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, berichtigt im ABl. L 253 vom 25.9.2009, S. 18).

V.) Relevante Eigenheiten des Lauterkeitsverfahrensrechts und des materiellen Lauterkeitsrechts

Für das Lauterkeitsverfahrensrecht gelten grundsätzlich die allgemeinen zivilprozessualen Regelungen der ZPO.⁶⁴ Die gesetzlichen Regelungen des UWG modifizieren die allgemeinen Vorgaben durch die verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 12 – 15, in Anbetracht der Anzahl von nur vier Paragraphen, lediglich in einem geringen Umfang. Durch Rechtsprechung und Literatur hat das Lauterkeitsverfahrensrecht indes erhebliche Modifikationen im Vergleich zum allgemeinen Zivilverfahrensrecht erfahren.⁶⁵ Dies hat dazu geführt, dass es sich bei dem Lauterkeitsverfahrensrecht heute um ein Sachgebiet für Spezialisten handelt, dessen sachgerechte Handhabung ohne eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Materie nicht möglich ist.⁶⁶ Selbiges gilt für das Lauterkeitsrecht in materieller Hinsicht, das durch seine starke richterrechtliche Prägung⁶⁷ und die Vielzahl verschiedener Fallgruppen⁶⁸ von Außenstehenden nur schwer durchdrungen werden kann. So hat das Lauterkeitsverfahrensrecht unter anderem mehrere Rechtsinstitute hervorgebracht, die kein Vorbild oder Äquivalent im allgemeinen Zivilverfahrensrecht haben. Dies sind insbesondere die Schutzschrift, die Abmahnung und das Abschlussverfahren.⁶⁹ Um ein besseres Verständnis der Bearbeitung zu ermöglichen, sollen die im vorliegenden Zusammenhang relevanten Besonderheiten des Lauterkeitsverfahrensrechts und des materiellen Lauterkeitsrechts nachfolgend kurz aufgezeigt und erläutert werden⁷⁰.

1.) Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG

Während nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen der Antragsteller eines Verfügungsgesuchs sowohl die Voraussetzung des Verfügungsgrundes als auch die des Verfügungsanspruchs glaubhaft zu machen hat (§§ 936, 920 Abs. 2 ZPO), stellt das UWG dem Antragsteller für den lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch die Privilegierung

⁶⁴ Borck, WRP 1972, 238; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1178; Ahrens/Ahrens, Einleitung, Ziff. 1.

⁶⁵ Vgl. Pastor, GRUR 1968, 343.

⁶⁶ Vgl. Ahrens/Ahrens, Einleitung, Ziff. 11; Hilgard, S. 1; Nirk/Kurtze, Rn. 208.

⁶⁷ Köhler/Bornkamm, Einleitung, Rn. 2.4.

⁶⁸ Lubberger in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 43, Rn. 10.

⁶⁹ Siehe zu den obigen Ausführungen Teplitzky, Kap. 44, Rn. 5 ff.; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1178.

⁷⁰ Kurze Überblicke über die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht und den Gang des Verfahrens finden sich in der Einleitung von Berneke, Rn. 1-21 sowie bei Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 52-126.

des § 12 Abs. 2 UWG zur Verfügung.⁷¹ Hinsichtlich des Regelungsgehalts der Vorschrift wurden früher mannigfaltige Ansichten vertreten.⁷² Mittlerweile sind sich Rechtsprechung und herrschende Lehre weitestgehend darin einig, dass die Vorschrift eine widerlegbare Vermutung des Verfügungsgrundes, also der besonderen Dringlichkeit, für lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten zum Inhalt hat.⁷³ Die gesetzliche Dringlichkeitsvermutung setzt keine qualitative Erheblichkeit des potentiellen Verstoßes voraus. Sie gilt daher auch für vermeintliche Bagatellverstöße, sofern das materiell-rechtliche Kriterium der Geeignetheit zur spürbaren Beeinträchtigung der Interessen der Marktteilnehmer (§ 3 Abs. 1 und 2 UWG) erfüllt ist. Die Vermutung unterliegt aber der Grenze der Selbstwiderlegung durch den Antragsteller.⁷⁴ Insbesondere durch ein zu langes Zuwarten mit der Antragsstellung nach Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis des Verstoßes gegen das UWG gilt die besondere Dringlichkeit des Unterlassungsbegehrens als widerlegt.⁷⁵ Fahrlässige Unkenntnis eines Verstoßes ist hingegen unerheblich, und auch eine Obliegenheit zur Beobachtung des Marktes im Hinblick auf das Verhalten von Konkurrenten besteht für geschäftlich Tätige nicht.⁷⁶ Nach welchem Zeitraum die Grenze der Selbstwiderlegung überschritten ist, wird von den letztinstanzlich zuständigen Oberlandesgerichten⁷⁷ (sehr) unterschiedlich beantwortet.⁷⁸ Bereits die Handhabung dieser Voraussetzung unterscheidet sich grundlegend. Während manche Oberlandesgerichte für die Bemessung der zeitlichen

⁷¹ *Nirk/Kurtze*, Rn. 201 (zur Vorgängervorschrift des § 25 UWG a.F.; vgl. auch *Baur*, BB 1964, 607, 610, der die (identische Vorgänger-) Vorschrift als eine Offerte des Gesetzgebers an den Anspruchsteller bezeichnet, sich der e.V. zur Durchsetzung seiner Ansprüche zu bedienen.

⁷² Vgl. bspw. *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 301; *Wenzel*, GRUR 1959, 414 f.

⁷³ BGH, Beschluss vom 01.07.1999, I ZB 7/99, GRUR 2000, 151, 152 – *Späte Urteilsbegründung*; *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 3.13; *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 302; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 113; *Melullis*, Rn. 159; *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 104; *Ahrens/Jestaedt*, Kap 43, Rn. 4; *Retzer*, GRUR 2009, 329, 330; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt H, Rn. 306, m.w.N.; *Wenzel*, GRUR 1959, 414, 416 f.; *Kehl* in FS für Loschelder, S. 139, 140; so auch Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Stand: 22.08.2003), BT-Drs. 15/1487, S. 25.

⁷⁴ *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 304 ff.

⁷⁵ *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 3.15, m.w.N.

⁷⁶ OLG Hamburg, Urteil vom 25.02.1999, 3 U 272/98, WRP 1999, 683, 684; OLG Köln, Urteil vom 12.01.2001, 6 U 98/00, GRUR 2001, 424, 425; OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.02.1995, 6 U 250/94, GRUR 1995, 510, 511; OLG München, Urteil vom 12.07.1990, 29 U 3161/90, WRP 1991, 51, 53; *Köhler*, GRUR-RR 2006, 73, 77; *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 107, m.w.N.; *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 310, m.w.N.; a.A. *Kehl* in FS für Loschelder, S. 139, 144 f.; differenzierend *Spätgens* in *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 100, Rn. 45 ff.

⁷⁷ Siehe diesbezüglich Abschnitt A.) V.) 2.), S. 32.

⁷⁸ Vgl. bspw. die Aufzählungen bei *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 3.15b; *Nordemann*, Rn. 1559; *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 114 f.; *Melullis*, Rn. 151.

Grenze der Selbstwiderlegung starre Fristen (unterschiedlicher Dauer) ansetzen, stellen andere Oberlandesgerichte auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls ab.⁷⁹

Besondere Bedeutung erlangt die lauterkeitsrechtliche Vermutung vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Erfordernis des Verfügungsgrundes praktisch um die einzige Voraussetzung des Verfügungsverfahrens handelt, die über die Voraussetzungen eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens hinausgeht⁸⁰. Die Anforderung des Verfügungsgrundes kann damit auch als Rechtfertigung für die Möglichkeit des Vorgehens im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bezeichnet werden.⁸¹ Durch die Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG werden für den Anspruchsteller eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs beide Wege gleichgestellt. Einer besonderen Rechtfertigung für ein Vorgehen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bedarf er grundsätzlich nicht. Dieser Gesichtspunkt dürfte maßgeblichen Anteil an der Popularität von Unterlassungsverfügungen im Lauterkeitsrecht haben.

2.) Fliegender Gerichtsstand

§ 14 UWG normiert mehrere Gerichtsstände für Klagen aufgrund des UWG. Über § 937 Abs. 1 ZPO sind diese Gerichtsstände auch auf Verfügungsgesuche anzuwenden. § 14 UWG differenziert nach der Art der Aktivlegitimation, die für den Unterlassungsanspruch in § 8 Abs. 3 UWG geregelt ist. Der in § 14 Abs. 2 S. 1 UWG normierte sog. fliegende Gerichtsstand steht nur Mitbewerbern (§§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) zur Verfügung.⁸² Dieser Gerichtsstand des Begehungsorts führt gerade im Lauterkeitsrecht oftmals dazu, dass bundesweit die örtliche Zuständigkeit der Landgerichte⁸³ eröffnet ist.⁸⁴ Unlautere geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) führen zu einer Verbesserung der Wettbewerbsposition im Verhältnis zur Konkurrenz. Sie fördern die eigene Geschäftstätigkeit und/oder behindern die der Konkurrenz. Für den unlauter Handelnden ist es in der Regel am vorteilhaftesten, wenn seine geschäftlichen Handlungen von einer

⁷⁹ Siehe hierzu *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 3.15b.

⁸⁰ Vgl. *Walker*, Rn. 212.

⁸¹ *Teplitzky*, Kap. 54, Rn. 14 ff.; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1186.

⁸² *Bepler* in FS für Loschelder, S. 15, 22.

⁸³ Siehe zur sachlichen Zuständigkeit § 13 Abs. 1 S. 1 UWG. § 13 Abs. 2 UWG sieht die Möglichkeit vor, dass die Bundesländer eine Zuständigkeitskonzentration für die Bezirke mehrerer Landgerichte durch landesrechtliche Rechtsvorschrift anordnen können.

⁸⁴ Vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 06.12.2006, 5 U 67/06, GRUR 2007, 614, 615 – *forum shopping*; *Hilgard*, S. 42; *Borck*, WRP 1979, 274, 275; *Willems*, GRUR, 2013, 462, 463, 468; *Bepler* in FS für Loschelder, S. 15, 22 f.; *Schulz*, GRUR-Prax 2011, 313; *Schröder*, WRP 2013, 153; Gesetzesentwurf der Bundesregierung gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057, S. 31.

möglichst breiten Öffentlichkeit wahrgenommen werden. Verbreitet werden diese daher oftmals über Massenmedien wie das Internet, das Fernsehen oder in bundesweit publizierten Printmedien. Der Gerichtsstand des § 14 Abs. 2 UWG ist dann an jedem Ort begründet, an dem die geschäftliche Handlung bestimmungsgemäß wahrgenommen werden kann⁸⁵, bzw. beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch, an jedem Ort an dem diese Gefahr droht⁸⁶. In der Praxis sind Mitbewerber die wichtigsten und am häufigsten prozessierenden Anspruchsteller.⁸⁷

Für die Frage, welcher Partei das Wahlrecht unter mehreren eröffneten Gerichtsständen zukommt, enthält das UWG keine Vorgabe. Mangels spezieller Regelung ist die allgemeine zivilprozessuale Vorgabe des § 35 ZPO anzuwenden. Danach steht das Wahlrecht in Hauptsacheverfahren dem Kläger zu.⁸⁸ Über § 937 Abs. 1 ZPO gilt § 35 ZPO mittelbar für den Antragsteller eines Verfügungsverfahrens.⁸⁹ In Hauptsacheverfahren wird bei der Anwendung von § 35 ZPO, entsprechend dem Wortlaut der Norm, ausschließlich auf die formale Parteistellung und nicht auf die materiell-rechtliche Anspruchsberechtigung abgestellt. Dies hat zur Folge, dass nach umstrittener Ansicht auch dem Kläger einer neg. Feststellungsklage (im Folgenden: neg. FK) das Wahlrecht aus § 35 ZPO zukommt.⁹⁰ Angesichts der Tatsache, dass es stets zu einer Verzögerung bei der Einleitung eines Verfahrens käme, wenn dem Beklagten bzw. Antragsgegner das Wahlrecht zustünde, an welchem Gerichtsstand ein Verfahren gegen ihn initiiert werden darf, erscheint es sachgerecht und als alleiniger praktikabler Weg, dieses Wahlrecht stets dem Initiator eines Verfahrens zuzubilligen.⁹¹

Das Wahlrecht ermöglicht es dem Initiator eines Verfahrens, das für ihn günstigste Gericht auszuwählen.⁹² In Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kommt dieser Möglichkeit

⁸⁵ BGH, Urteil vom 03.05.1977, VI ZR 24/75, GRUR 1978, 194, 195 – *profil*; Köhler/Bornkamm, § 14, Rn. 15 ff.

⁸⁶ Köhler/Bornkamm, § 14, Rn. 14; *Bepler* in FS für Loschelder, S. 15, 22; *Teplitzky*, Kap. 45, Rn. 13. Zur berechtigten Kritik, dass der mit den Regelungen zum Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO, § 14 Abs. 2 S. 1 UWG) verfolgte Zweck, die Befassung von Gerichten mit besonderer Sach- und Beweisnähe, in diesen Fällen keine Rolle spielt, siehe *Berger*, GRUR Int. 2005, 465, 466 (zur internationalen Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen im Internet).

⁸⁷ FA-GewRS/*Ernst*, Kap. 6, Rn. 943.

⁸⁸ Ahrens/*Bähr*, Kap. 17, Rn. 17; *Borck*, WRP 1997, 265, 268.

⁸⁹ *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 484; Stein/Jonas/*Roth*, § 35, Rn. 4.

⁹⁰ *Borck*, WRP 1997, 265, 267. Siehe zur Streitfrage auch die nachfolgenden Ausführungen unter E.) III.), S. 282 ff.

⁹¹ Siehe die Ausführungen unter E.) III.), S. 282 ff.

⁹² Die Ausnutzung dieser Unterschiede ist bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs zulässig,

besonderes Gewicht zu.⁹³ Hier kann das Wahlrecht entscheidende Bedeutung für den Erfolg eines Verfügungsgesuchs erlangen. Dies beruht einerseits auf der in vielfacher Hinsicht divergierenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Vorgaben der §§ 916 ff. ZPO und des § 12 Abs. 2 UWG⁹⁴ sowie andererseits auf der Möglichkeit, bei Rechtsfragen, die noch nicht höchstrichterlich geklärt wurden, ein Gericht auswählen zu können, das die dem Wahlberechtigten günstigste Rechtsauffassung vertritt, ohne dass der unterlegene Gegner die Möglichkeit hätte, zur abschließenden Klärung der Rechtsfrage den BGH anzurufen. Während in Hauptsacheverfahren eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung durch den BGH erfolgen kann, ist dies in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht möglich.⁹⁵ Gemäß §§ 542 Abs. 2 S. 2, 574 Abs. 1 S. 2 ZPO sind die Rechtsmittel der Revision⁹⁶ und der Rechtsbeschwerde⁹⁷ gegen Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht statthaft. Gegen eine Sachentscheidung des erstinstanzlich zuständigen Landgerichts bleibt somit nur die Möglichkeit der Berufung (gegen Sachentscheidungen durch Urteil, bei Beschlussentscheidungen ist das Widerspruchsverfahren nach § 924 ZPO zwischengeschaltet) an das Oberlandesgericht. Eine bundesweite Vereinheitlichung durch Anrufung des BGH ist gesetzlich ausgeschlossen.⁹⁸ Für lauterkeitsrechtliche Eilverfahren, die regelmäßig zu einer endgültigen Entscheidung führen, ist dieser Ausschluss nicht unproblematisch.⁹⁹ Der BGH kann der ihm grundsätzlich zugewiesenen Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung insoweit nicht nachkommen, die bereits dargelegte „Rechtszersplitterung“ ist die Folge.¹⁰⁰ Je größer die Unterschiede in der Rechtsprechung der

OLG Hamburg, Urteil vom 06.12.2006, 5 U 67/06, GRUR 2007, 614, 615 – *forum shopping*; Zöller/Vollkommer, § 35, Rn. 4; Möller, NJW 2009, 3632; Willems, GRUR 2013, 462, 463.

⁹³ Ahrens/Bähr, Kap. 17, Rn. 1.

⁹⁴ Vgl. Traub/Hopp, Wettbewerbsrechtliche Verfahrenspraxis, Örtliche Besonderheiten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, dessen regelmäßige Rechtsprechungsübersichten „Dokumentation der „örtlichen Besonderheiten“ in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zum gewerblichen Rechtsschutz“, in der WRP, sowie die Nachweise von Retzer in Harte/Henning in Anhang zu § 12, Rn. 942 ff.; Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 23; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1178; Haertlein in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 916–945, Rn. 6; Klaka, GRUR 1979, 593 f.; Krieger, GRUR 1975, 168 ff.

⁹⁵ Siehe Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 23.

⁹⁶ Vgl. Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 503 f.; Piehler, S. 24; Walker, Rn. 7; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1178; Wenzel, GRUR 1959, 414; Teplitzky, GRUR 1993, 857, 863.

⁹⁷ BGHZ 154, 102, 102 ff.; Beschluss vom 16.09.2003, VIII ZB 40/03, NJW 2003, 3565; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1178.

⁹⁸ Ahrens/Jestaedt, Kap. 43, Rn. 5; Teplitzky, Kap. 53, Rn. 8; vgl. diesbezüglich auch Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 19 ff.

⁹⁹ Wieczorek/Schütze/Prütting, § 542, Rn. 47.

¹⁰⁰ Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 504; Teplitzky, Kap. 53, Rn. 8.

Oberlandesgerichte sind, desto größere Bedeutung erlangt auch das Wahlrecht des Klägers bzw. Antragstellers im Zusammenhang mit dem fliegenden Gerichtsstand, da sich der Kläger diese Unterschiede zunutze machen kann. Allein die Wahl des „richtigen“ Gerichts kann, bei im Übrigen identischem Verfügungsantrag, darüber entscheiden, ob ein Verfügungsgesuch Erfolg hat oder nicht.¹⁰¹

Beispielhaft kann hier die Rechtsprechung zur Selbstwiderlegung der Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG angeführt werden.¹⁰² Diesbezüglich besteht erheblicher Streit um die Frage, nach welchem Zeitraum des Zuwartens mit der Antragsstellung die Vermutung der Dringlichkeit durch den Antragsteller selbst widerlegt wurde.¹⁰³ Umstritten ist nicht nur die Länge des Zeitraums, sondern auch der erforderliche Grad der Gewissheit von der Verletzungshandlung.¹⁰⁴ Während ein Verfügungsgesuch von einem Gericht somit bereits aufgrund der zeitlichen Dauer bis zur Einleitung des Verfügungsverfahrens, also aus einem eher formalen Grund, zurückgewiesen wird, kann sich ein anderes Gericht, das die Dringlichkeitsvermutung als noch nicht widerlegt ansieht, mit dem Gesuch befassen und die beantragte e.V. erlassen.

Der fliegende Gerichtsstand wäre im Lauterkeitsrecht weitestgehend abgeschafft worden, wenn der Gesetzesentwurf der Bundesregierung über das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken¹⁰⁵ unverändert übernommen worden wäre. Der Gesetzesentwurf sah eine Änderung des § 14 Abs. 2 UWG dahingehend vor, dass der Gerichtsstand des Begehungsorts nur eröffnet sein sollte, wenn ein Beklagter im Inland weder eine gewerbliche oder selbständige berufliche Niederlassung noch einen Wohnsitz hat.¹⁰⁶ Durch die Gesetzesänderung sollte der Ausnutzung des fliegenden Gerichtsstands in der Praxis, namentlich bei Verfügungsgesuchen, entgegengewirkt werden.¹⁰⁷ Insbesondere vonseiten der Anwaltschaft wurde die geplante Änderung deutlich kritisiert.¹⁰⁸ Kurz vor der

¹⁰¹ *Melullis*, Rn. 151; *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 23; vgl. auch *Borck*, WRP 1997, 265, 268.

¹⁰² Siehe hierzu auch die Ausführungen unter A.) V.) 1.), S. 29 f.

¹⁰³ Siehe die Nachweise unter Fn. 78.

¹⁰⁴ Siehe Fn. 79.

¹⁰⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057; siehe hierzu auch *Schröder*, WRP 2013, 153.

¹⁰⁶ S. 7, Art. 7 Nr. 4 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057.

¹⁰⁷ S. 31 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057.

¹⁰⁸ *Maaßen*, GRUR-Prax 2012, 252; *Klute*, NJW 2012, 3409, 3410; *Willems*, GRUR 2013, 462, 464 f.; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 19.02.2013 (S. 4) zum Entwurf des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken, abrufbar unter: „[33](http://www.brak.de/zur-</p></div><div data-bbox=)

Verabschiedung des Gesetzes entschied sich der Gesetzgeber gegen die Änderung des § 14 Abs. 2 UWG.¹⁰⁹ Im Ergebnis ist der fliegende Gerichtsstand in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten somit weiterhin eröffnet.

3.) Rechtsinstitut der Abmahnung

Das Rechtsinstitut der Abmahnung (oder auch Verwarnung¹¹⁰) wurde im Lauterkeitsrecht entwickelt¹¹¹ und spielt in diesem Rechtsgebiet, bei den gewerblichen Schutzrechten und im Urheberrecht eine gewichtige Rolle¹¹². Im UWG wurde die Abmahnung in § 12 Abs. 1 gesetzlich normiert.

Durch die Abmahnung teilt der Abmahnende dem Abgemahnten mit, dass dieser sich durch eine im Einzelnen bezeichnete Handlung unlauter verhalten habe, der Abgemahnte wird aufgefordert, das beanstandete Verhalten in Zukunft zu unterlassen und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.¹¹³ Zugleich wird dem Abgemahnten regelmäßig die gerichtliche Durchsetzung der geltend gemachten Ansprüche angedroht.¹¹⁴

Die Abgabe einer ernsthaften strafbewehrten Unterlassungserklärung (sog. Unterwerfung)¹¹⁵ hat die materiell-rechtliche Folge, dass die aufgrund bereits begangener Verletzungs-

rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/februar/stellungnahme-der-brak-2013-05.pdf“.

¹⁰⁹ Vgl. Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 08.10.2013, BGBl. I, S. 3714.

¹¹⁰ Zur Terminologie vgl. die Nachweise bei *Teplitzky*, Kap. 41, Fn. 1; *Ahrens/Deutsch*, Kap. 1, Fn. 1; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1129 sowie *Nirk/Kurtze*, Rn. 102.

¹¹¹ *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 1.4; *Brüning* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 2; *Teplitzky*, Kap. 41, Rn.1; *Ahrens/Deutsch*, Kap. 1, Rn. 1; *Nirk/Kurtze*, Rn. 99; *Goebel/David*, AnwF Zivilprozessrecht, § 15, Rn. 131; *Speckmann*, Rn. 387.

¹¹² *Eser* (GRUR 1986, 35) geht davon aus, dass 80-90% aller beanstandeten Wettbewerbsverstöße außergerichtlich in Abmahnverfahren beigelegt werden; *Teplitzky* (Kap. 41, Rn. 3) verweist auf Schätzungen, die zu dem Ergebnis kommen, dass 90-95% der gerügten Wettbewerbsverstöße im Abmahnverfahren erledigt werden, worauf *Speckmann*, Rn. 387 Bezug nimmt; *Nirk/Kurtze* (Rn. 99) und *Beater* (Rn. 2820) führen einen Wert von 90% an; siehe auch *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 1.4; *Nordemann*, Rn. 1527 („der größte Teil“); *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 2; vgl. auch *Brüning* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 2; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1131.

¹¹³ *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 1.3; *Brüning* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 2; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 2; Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Stand: 22.08.2003), BT-Drs. 15/1487, S. 25; *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Vor § 12 UWG, Rn. 17.

¹¹⁴ *Brüning* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 2; *Ahrens/Deutsch*, Kap. 1, Rn. 87; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1145; *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Vor § 12 UWG, Rn. 27.

¹¹⁵ *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 55; *Teplitzky*, GRUR 1996, 696.

handlungen kraft Gesetzes vermutete Wiederholungsgefahr¹¹⁶ ausgeräumt wird und der Abmahnende den Abgemahnten damit nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg per Hauptsacheklage oder Unterlassungsverfügung in Anspruch nehmen kann.¹¹⁷ Mit dem Abmahnschreiben werden regelmäßig weitere Ansprüche, wie beispielsweise auf Erteilung von Auskunft über den Umfang der Verletzungshandlungen und Erstattung der Abmahnkosten, geltend gemacht.¹¹⁸

Für den Anspruchsteller besteht keine Verpflichtung, den Anspruchsgegner abzumahnern.¹¹⁹ Dies legt bereits die Formulierung des § 12 Abs. 1 UWG nahe, nach der ein Schuldner abgemahnt werden soll. Lediglich im Hinblick auf § 93 ZPO besteht eine Obliegenheit des Anspruchstellers zur vorherigen Abmahnung.¹²⁰ Erkennt der Anspruchsgegner den gerichtlich geltend gemachten Unterlassungsanspruch sofort an und wurde er zuvor nicht abgemahnt, wird er regelmäßig so behandelt, als habe er keine Veranlassung zur Klage gegeben, weshalb dem Antragsteller die Kosten des Gerichtsverfahrens nach § 93 ZPO aufzuerlegen sind.¹²¹ Ausnahmen greifen für Fallkonstellationen, in denen eine Abmahnung von vornherein aussichtslos erscheint oder dem Anspruchsteller unzumutbar ist.¹²² Eine vorherige Abmahnung ist weder Voraussetzung für die Zulässigkeit noch für die Begründetheit einer Klage oder eines Verfügungsgesuchs.¹²³ Mit anderen Worten, die

¹¹⁶ Siehe *Boesche*, Rn. 87; *Emmerich*, § 21, Rn. 12 f.

¹¹⁷ *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 10; *Beater*, Rn. 2838; *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 1.102; BGH, Urteil vom 01.04.1993, I ZR 136/91, GRUR 1993, 677, 679 - *Bedingte Unterwerfung*; *Teplitzky*, GRUR 1996, 696, 698.

¹¹⁸ *Ahrens/Deutsch*, Kap. 1, Rn. 90, Gegenstand der Abmahnung im Rechtssinne werden diese Aufforderungen hierdurch jedoch nicht, da sich diese immer auf einen Unterlassungsanspruch bezieht. Allerdings werden die Aufforderungen regelmäßig als Mahnung i.S.v. § 286 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sein; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1146, der diese weiteren Anspruchsbegehren als „überschießenden Inhalt einer Abmahnung“ bezeichnet.

¹¹⁹ *Ahrens/Schmukle*, Kap. 44, Rn. 33; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 4; *Brüning* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 2; *Nordemann*, Rn. 1528; *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 4; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1132.

¹²⁰ Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Stand: 22.08.2003), BT-Drs. 15/1487, S. 25; *Borck*, WRP 1980, 375, 376; *Ahrens/Schmukle*, Kap. 44, Rn. 33; *Brüning* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 2; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 4; *Berneke*, Rn. 10; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt H, Rn. 214; *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Vor § 12 UWG, Rn. 3; *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 5; *Emmerich*, § 25, Rn. 3; *Heidenreich*, WRP 2004, 660, 661 f.

¹²¹ *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 5 f.; vgl. zu den Fällen der Entbehrlichkeit einer Abmahnung, *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 21 ff.

¹²² Siehe *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Vor § 12 UWG, Rn. 44-50; *Nordemann*, Rn. 1529.

¹²³ BGHZ 164, 1, 8 – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*; *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 2; *Seiler* in *Thomas/Putzo*, § 935 Rn. 11; *Ahrens/Schmukle*, Kap. 44, Rn. 33; *Hasselblatt/Pitz*, § 4, Rn. 2; *Klaka*, GRUR 1979, 593, 595; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt H, Rn. 214; *Goebel/David*, AnwF Zivilprozessrecht, § 15, Rn. 133; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1132;

unterbliebene Abmahnung hat keinen Einfluss auf die Entscheidung eines entsprechenden gerichtlichen Verfahrens in der Sache, sondern lediglich in Bezug auf die Kostenentscheidung. Sie dient ausschließlich der außergerichtlichen Streitbeilegung und birgt sowohl für die Parteien als auch für die Gerichte erhebliche Vorteile, sofern hierdurch ein gerichtliches Verfahren vermieden wird.

Für die Parteien hat sie den Vorteil einer, im Vergleich zu gerichtlichen Verfahren, relativ kostengünstigen Streitbeilegung (sog. Kostenvermeidungsfunktion).¹²⁴ Sowohl für den Antragsteller als auch für den Antragsgegner ist das Kostenrisiko gegenüber einem Gerichtsverfahren deutlich reduziert. Daneben dient eine Abmahnung auch dem Zweck, einen Schuldner überhaupt darauf hinzuweisen, dass sein Verhalten zu beanstanden ist (Warnfunktion der Abmahnung).¹²⁵

Der Abmahnende hat bei einer berechtigten¹²⁶ Abmahnung Anspruch auf Erstattung der hierfür erforderlichen Aufwendungen (§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG).¹²⁷ Typischerweise werden die Kosten des mit der Abmahnung beauftragten Rechtsanwalts geltend gemacht. Diese Aufwendungen für die Beauftragung eines Rechtsanwalts werden grundsätzlich für erforderlich betrachtet.¹²⁸ Zudem erlangt ein Abmahnender rasch ein Vertragsstrafenversprechen, das sein Gegenüber regelmäßig von weiteren Zuwiderhandlungen abhalten wird und für den Abmahnenden in zweifacher Hinsicht vorteilhafter ist als ein gerichtlicher Unterlassungstitel. Einerseits hat das Vertragsstrafenversprechen für den Abmahnenden den Vorteil, dass aufgrund des schuldrechtlichen Charakters der Vereinbarung die Vorschrift des § 278 BGB Anwendung findet und der Schuldner damit auch für Verstöße seiner Erfüllungsgehilfen haftet.¹²⁹ Andererseits kommt dem Abmahnenden bei Verstößen gegen die Unterlassungsverpflichtung die Vertragsstrafe zugute, während ein gerichtlich verhängtes Ordnungsgeld (vgl. § 890 ZPO) ihm keinen Vorteil verschafft, da es der Staatskasse zufließt.¹³⁰

Spätgens in FS für Loschelder, S. 355, 357, m.w.N.

¹²⁴ *Brüning* in Harte/Henning, § 12, Rn. 3; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 2; Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 1.5; BGHZ 149, 371, 374 f. – *Missbräuchliche Mehrfachabmahnung*.

¹²⁵ *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 7; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 2.

¹²⁶ Siehe hierzu *Brüning* in Harte/Henning, § 12, Rn. 77.

¹²⁷ Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 21; *Brüning* in Harte/Henning, § 12, Rn. 81.

¹²⁸ *Brüning* in Harte/Henning, § 12, Rn. 85; vgl. auch Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 22.

¹²⁹ *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 45; Ahrens/Deutsch, Kap. 1, Rn. 19; *Speckmann*, Rn. 418; *Fritzsche* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 79, Rn. 4; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 83.

¹³⁰ Ahrens/Deutsch, Kap. 1, Rn. 12; *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 45; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25,

Für die Gerichte hat das Rechtsinstitut der Abmahnung eine immense Entlastung zur Folge. Ein ganz erheblicher Anteil lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten wird außergerichtlich durch Abmahnung und Unterwerfung beigelegt.¹³¹ Eine gerichtliche Austragung dieser Streitigkeiten hätte eine zusätzliche Belastung der bereits an ihren Kapazitätsgrenzen arbeitenden Justiz zur Folge.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass zur außergerichtlichen Beilegung die Bereitschaft beider Parteien erforderlich ist. Die Entlastung beschränkt sich also auf Konstellationen, in denen weitgehend Einigkeit zwischen den Parteien besteht. Von den „wirklichen Streitfällen“ können die Gerichte durch das Institut nicht entlastet werden.

Zudem birgt das Rechtsinstitut der Abmahnung auch Nachteile und Gefahren. So hat die Abmahnung lediglich eine zeitliche Verzögerung zur Folge, falls sich die abgemahnte Partei nicht unterwirft.¹³² Weiterhin birgt sie die Gefahr, dass die abgemahnte Partei sich zu Unrecht unterwirft, um den Anspruchsteller klaglos zu stellen und hierdurch zumindest die Verursachung weiterer Kosten zu verhindern, zumal die mit einer Abmahnung angedrohten Konsequenzen für den Fall der Nichterfüllung der geltend gemachten Forderungen regelmäßig erhebliches Einschüchterungspotential haben. Dies gilt speziell für die Androhung der Erwirkung einer Unterlassungsverfügung. In besonderem Maße trifft diese Wirkung kleine und mittelgroße Unternehmen, die nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfügen und daher für die rechtliche Bewertung der Berechtigung einer Abmahnung zunächst kostenpflichtigen Rechtsrat einholen müssen. Diese Verursachung weiterer Kosten mag manchen Marktteilnehmer davon abhalten, sich gegen eine Abmahnung zur Wehr zu setzen, sofern er an dem beanstandeten Verhalten kein das Kosteninteresse übersteigendes Eigeninteresse hat. Mangels gerichtlicher Kontrolle besteht keine Richtigkeitsgewähr in Bezug auf die Berechtigung der Abmahnung. Dies führt zu einem gewissen Missbrauchsrisiko des Rechtsinstituts der Abmahnung. Eine besondere Gefahr für den Abmahnenden ist mit dem Ausspruch unberechtigter Abmahnungen im Lauterkeitsrecht nach vorherrschender Rechtslage nicht verbunden.¹³³

Rn. 83; *Speckmann*, Rn. 418; siehe auch *Nordemann*, Rn. 1675 mit weiteren Gesichtspunkten.

¹³¹ Siehe hierzu bereits die Nachweise in Fn. 112.

¹³² Vgl. *Borck*, WRP 1980, 375, 376.

¹³³ Vgl. die Ausführungen unter B.) I.) 3.), S. 70 ff.

Auch in Bezug auf berechnigte Abmahnungen werden Missbräuche mithilfe des Rechtsinstituts beanstandet.¹³⁴ Insbesondere im Onlinehandel werden teilweise massenhaft und standardisiert Verstöße gegen die PAngV, bürgerlich-rechtliche Informationspflichten gegenüber Verbrauchern und das TMG (fehlerhafte Impressumsangabe) sowie die Verwendung unzulässiger AGB abgemahnt. Oftmals steht hier das Interesse an dem gesetzlichen Anspruch auf Erstattung von Anwaltsgebühren (§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG) im Vordergrund, so dass das Vorgehen nach § 8 Abs. 4 UWG rechtsmissbräuchlich ist. Diese Geschäftspraktiken sollen zukünftig durch einen gesetzlichen Anspruch des missbräuchlich Abgemahnten auf Erstattung der Kosten für die Abwehr der missbräuchlichen Abmahnung verhindert werden.¹³⁵ Es bleibt abzuwarten, ob die beabsichtigte Änderung umgesetzt wird und sie missbräuchliche Abmahnungen zukünftig tatsächlich verhindern wird.

4.) Ausschließliche Austragung von Rechtsstreitigkeiten in Verfügungsverfahren – Endgültige Streitbeilegung durch einstweilige Verfahren

Im Lauterkeitsrecht hat sich in der Praxis die Besonderheit entwickelt, dass Unterlassungsansprüche häufiger per e.V. als im Wege der Unterlassungsklage gerichtlich geltend gemacht werden¹³⁶ und den einstweiligen Rechtsschutzverfahren sehr häufig auch keine Hauptsacheverfahren mehr nachfolgen¹³⁷, diese vielmehr durch das Verfügungsverfahren ersetzt werden¹³⁸. Aufgrund der Eigenschaft der Unterlassungsverfügung als Befriedigungsverfügung¹³⁹ erlangt der Anspruchsteller durch eine Unterlassungsverfügung die gleiche

¹³⁴ Schröder, WRP 2013, 153, 153 ff.; S. 29 f. des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057.

¹³⁵ S. 30 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057.

¹³⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 19.

¹³⁷ Mantzourani-Tschaschnig, S. 154; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 Rn. 3; Ahrens/Ahrens, Kap. 48, Rn. 1; Ahrens/Schmukle, Kap. 44, Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 542, Rn. 47; Schuschke/Walker/Kessen, Anhang zu § 935, Rn. 1; Arens in FS für v. Caemmerer, S. 75; Mädlich, S. 4; Fischer in Prütting/Gehrlein, § 935, Rn. 8; Schuschke/Walker, § 937, Rn. 13; Büscher/Dittmer/Schiwy, Vor § 12 UWG, Rn. 107 und § 12 UWG, Rn. 27; jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 269; Speckmann, Rn. 464; BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213; siehe auch Teplitzky, Kap. 53, Rn. 2; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 107; Schuschke/Walker, Vor § 935, Rn. 30 und 86; Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 14; Mes/Bopp/Sonntag, S. 37; Ulrich, GRUR 1985, 201, 202; Walker, Rn. 31; May, S. 1; Piehler, S. 32 f.; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1177; Krieger, GRUR 1975, 168; Goldmann, WRP 2001, 240, 242; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.03.1955, 6 W 51/55, NJW 1955, 1194, 1195 f.; LG Köln, Urteil vom 01.06.1966, 24 S 1/66, NJW 1966, 1565; OLG München, Beschluss vom 31.05.1985, 6 W 1207/85, WRP 1985, 661, 662; vgl. auch Baur, S. 80, der eine generelle Verdrängung des Hauptsacherechtsschutzes durch den Eilrechtsschutz feststellt.

¹³⁸ OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.03.1955, 6 W 51/55, NJW 1955, 1194, 1195 f.; Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 9; Piehler, S. 32, m.w.N.; Morbach, S. 11; Zöller/Vollkommer, § 940, Rn. 8; vgl. in diesem Zusammenhang auch Schuschke/Walker, Vor § 916-945, Rn. 6.

¹³⁹ Schuschke/Walker, Vor § 935, Rn. 29 f.; Baur, BB 1964, 607, 608; Ahrens/Ahrens, Kap. 48, Rn. 1;

Vollstreckungsmöglichkeit wie durch ein Hauptsacheurteil.¹⁴⁰ Anders als bei einem Arrest (§§ 916 ff. ZPO) oder einer Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) ist der Anspruchsteller nicht mehr auf die Durchsetzung seines Anspruchs im Hauptsacheverfahren angewiesen.¹⁴¹ Seinem Bedürfnis nach einer Möglichkeit zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs wird durch die Unterlassungsverfügung einstweilig in vollem Umfang Rechnung getragen. Die Unterlassungsverfügung ermöglicht es dem Anspruchsteller, gerichtlichen Rechtsschutz schneller und unter vereinfachten Bedingungen zu erlangen als in einem Hauptsacheverfahren.¹⁴²

Allerdings ist die Beständigkeit von e.V.'en geringer als die von Hauptsacheurteilen. Das Verfügungsverfahren ist von Gesetzes wegen nicht darauf angelegt, die endgültige Beilegung einer Streitigkeit herbeizuführen.¹⁴³ In lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten begnügen sich die Parteien dennoch oftmals mit der Entscheidung, die das Gericht im Eilverfahren getroffen hat. Dies kann verschiedene Ursachen haben.¹⁴⁴

Geht der unterlegene Antragsgegner davon aus, dass die Unterlassungsverfügung zu Recht ergangen ist und keine Aussicht auf Erfolg besteht, in einem Hauptsacheverfahren eine Klagabweisung zu erreichen, so bietet sich für die Parteien das Abschlussverfahren an, durch das die vorläufige Entscheidung in ihren Wirkungen einem rechtskräftigen Hauptsacheurteil gleichgestellt wird¹⁴⁵. Hierdurch werden weitere Kosten für den

Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 940, Rn. 16; Teplitzky, Kap. 44, Rn. 1; Borck, WRP 1978, 435, 437; a.A. Zöller/Vollkommer, § 940, Rn. 1, der hierbei aber nicht zwischen e.V.'en, mit denen ein Unterlassungsanspruch als Verfügungsanspruch geltend gemacht wird, und solchen, bei denen ein andersartiger Anspruch geltend gemacht wird und zu dessen Schutz nach § 938 ZPO eine Unterlassungsverpflichtung angeordnet wird, differenziert, siehe diesbezüglich Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935, Rn. 47; Jauernig, ZZP 79 (1966) 321, 328.

¹⁴⁰ Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 99, Rn. 1; Ahrens/Ahrens, Kap. 48, Rn. 1.

¹⁴¹ Eine Folge dieser weitreichenden Wirkungen von Unterlassungsverfügungen im Lauterkeitsrecht ist die umstrittene Frage der Höhe ihres Streitwerts im Verhältnis zu Hauptsacheverfahren. Für e.V.'en ist im Allgemeinen anerkannt, dass ihr Streitwert nicht mit dem eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens gleichgesetzt werden kann, sondern niedriger anzusetzen ist. Aufgrund der häufigen endgültigen Streitbeilegung im Lauterkeitsrecht infolge e.V.'en ist hier umstritten, ob der Streitwert eines Verfügungsverfahrens niedriger anzusetzen ist, vgl. Teplitzky, Kap. 49, Rn. 25 ff.; OLG München, Beschluss vom 26.05.2009, 29 W 1498/09, JurBüro 2009, 484; siehe hierzu auch OLG Köln, Beschluss vom 09.03.2000, 6 W 23/00, WRP 2000, 650; Nirk/Kurtze, Rn. 189; Speckmann, Rn. 579; Walker, Rn. 144, m.w.N.; sowie Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 98, Rn. 61, der anführt, dass der Streitwert des Unterlassungsverfahrens im Einzelfall sogar den des Hauptsacheverfahrens übersteigt. Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Abschnitt G.), S. 297 f.

¹⁴² Siehe hierzu die Ausführungen unter C.) III.), S. 130 f.

¹⁴³ Mädrich, S. 1.

¹⁴⁴ Siehe hierzu auch Walker, Rn. 29 ff.

¹⁴⁵ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

Anspruchsgegner vermieden und das Bedürfnis des Anspruchstellers nach einem beständigen Titel wird befriedigt¹⁴⁶. Die ergangene Unterlassungsverfügung kann dem Anspruchsgegner zwar nicht die Sicherheit verschaffen, dass die getroffene Entscheidung zutreffend ist und er zur Unterlassung verpflichtet ist, auch einer Eilentscheidung kommt aber zumindest eine eingeschränkte Richtigkeitsgewähr zu. Diese ist bei Entscheidungen in einstweiligen Rechtsschutzverfahren, aufgrund ihres Charakters als lediglich summarisches Erkenntnisverfahren, zwar geringer als in Hauptsacheverfahren¹⁴⁷, dennoch spricht der Erlass einer e.V. im Grundsatz zumindest für eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass das darin zugesprochene Recht tatsächlich besteht, als wenn gar keine gerichtliche Entscheidung ergangen wäre. Auch dieser Gesichtspunkt wird bei der Risikobewertung der Parteien, ob noch ein Hauptsacheverfahren durchgeführt werden soll, berücksichtigt und kann sie dazu bewegen, das Ergebnis des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens hinzunehmen.

Ein anderer Beweggrund für die Hinnahme der Eilentscheidung kann darin bestehen, dass ein Anspruchsgegner zwar der Ansicht ist, dass die Unterlassungsverfügung zu Unrecht ergangen ist, er jedoch an den beanstandeten Maßnahmen nur ein zeitlich begrenztes Interesse hat und er binnen des Zeitraums keine Aufhebung der Unterlassungsanordnung erreichen kann.¹⁴⁸ Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache vergehen regelmäßig mehrere Monate oder Jahre.¹⁴⁹ Selbst die Zeitdauer bis zu einer Widerspruchsentscheidung (§§ 936, 925 ZPO) beträgt regelmäßig mehrere Wochen. Im Gegensatz zur Entscheidung über den Erlass einer e.V. setzt die Entscheidung über deren Aufhebung zwingend eine mündliche Verhandlung voraus (§§ 924 Abs. 2 S. 2, 936 ZPO). Binnen dieser Zeiträume haben sich schnelllebige geschäftliche Handlungen oftmals bereits erledigt.¹⁵⁰ So können beispielsweise Werbemaßnahmen und Verkaufsaktionen nicht mehr aktuell und beworbene Produkte bereits technisch überholt sein. Ein unterlegener Antragsgegner hat daher oftmals kein Interesse mehr daran, eine geplante geschäftliche Handlung zu einem späteren Zeitpunkt, ab dem die Aufhebung der e.V. zeitlich möglich wäre, noch vorzunehmen.¹⁵¹ Kann ein Anspruchsgegner den Erlass einer e.V. in diesen Fällen nicht bereits im Vorfeld verhindern oder deren unverzügliche Aufhebung erreichen, verschafft

¹⁴⁶ Ahrens/Ahrens, Kap. 58, Rn. 1.

¹⁴⁷ Siehe die Nachweise unter Fn. 356.

¹⁴⁸ Schuschke/Walker, Vor § 916-945, Rn. 6; Walker, Rn. 31; vgl. auch Lipps, NJW 1970, 226, m.w.N.

¹⁴⁹ Siehe die Nachweise unter Fn. 26.

¹⁵⁰ Siehe nachfolgende Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 9.), S. 56 ff.

¹⁵¹ Vgl. Walker, Rn. 507; Baur, BB 1964, 607, 608.

ihm eine spätere Aufhebung in der Sache oftmals keinen Vorteil mehr.¹⁵² Für einen Anspruchsteller besteht somit eine sehr effektive Möglichkeit, um einer Gegenpartei ein Verhalten so lange gerichtlich untersagen zu lassen, bis dieses sich zeitlich überholt hat.

Insbesondere bei Auseinandersetzungen mit unstreitigem Sachverhalt¹⁵³ kann ein weiterer Gesichtspunkt, der einen unterlegenen Antragsgegner dazu bewegen kann, eine Unterlassungsverfügung zu akzeptieren, darin bestehen, dass das Gericht eine im einseitigen Verfahren getroffene Rechtsauffassung regelmäßig nicht revidieren wird¹⁵⁴. Aufgrund der Einseitigkeit des Beschlussverfahrens hat zunächst nur der Antragsteller die Möglichkeit, das Gericht von seiner Argumentation zu überzeugen. Gelingt ihm dies, so wird es dem Gericht, selbst wenn die Gegenseite gleichwertige Argumente vorbringen kann, schwer fallen, die einmal getroffene Entscheidung widerspruchsfrei zu revidieren.¹⁵⁵

5.) Rechtsinstitut der Schutzschrift

Das Rechtsinstitut der Schutzschrift wurde von der Anwaltschaft für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten entwickelt¹⁵⁶ und stellt eine Reaktion auf die Praxis der Wettbewerbsgerichte dar, entgegen dem gesetzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis¹⁵⁷ (§ 937 Abs. 2 ZPO), über Anträge auf Erlass von Unterlassungsverfügungen ohne mündliche Verhandlung¹⁵⁸ und teilweise auch allein durch den Vorsitzenden des Spruchkörpers (§ 944 ZPO) zu entscheiden¹⁵⁹ und dem Antragsgegner vor Erlass der Entscheidung damit kein rechtliches

¹⁵² Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 940, Rn. 16.

¹⁵³ Diese sind im Lauterkeitsrecht häufig, siehe die Nachweise unter Fn. 361.

¹⁵⁴ Schuschke/Walker, Vor § 916-945, Rn. 6; Arens in FS für v. Caemmerer, S. 76; Hilgard, S. 18, m.w.N.; vgl. auch Borck, WRP 1977, 457, 460.

¹⁵⁵ Vgl. Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 116 („fatalen Präjudizwirkung auf einseitiger Argumentation beruhender Verfügungen“).

¹⁵⁶ Schuschke/Walker, § 937, Rn. 13; Nirk/Kurtze, Rn. 152; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 937, Rn. 8; Mes/Bopp/Sonntag, S. 30; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt H, Rn. 252; Ahrens/Spätgens, Kap. 6, Rn. 1; Schulz, GRUR-Prax 2011, 313; siehe auch Walker, Rn. 608; Hilgard, S. 1; Pastor, WRP 1972, 229.

¹⁵⁷ Teplitzky, WRP 1980, 373, 374; ders. in FS für Loschelder, S. 391 in Fn. 2; Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 374 und 607; Ahrens/Scharen, Kap. 51, Rn. 4 f.; Berneke, Rn. 130; KG, Beschluss vom 26.02.1999, 25 W 3617/98, NJWE-WettbR 2000, 24; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 937, Rn. 7; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 81; Nirk/Kurtze, Rn. 166; Fezer/Büscher, § 12, Rn. 121; Hasselblatt/Lensing-Kramer, § 5, Rn. 30; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt A, Rn. 516; May, S. 64.

¹⁵⁸ Siehe die Nachweise unter Fn. 20.

¹⁵⁹ Pastor, WRP 1972, 229, der allerdings die heute praktisch nicht mehr vertretene Ansicht anführt, dass die Schutzschrift ausschließlich der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung diene; vgl. auch May, S. 1; Rinkler, MMR 2006, 269, 270; Oberheim, Rn. 401; Walker, Rn. 608; a.A. Ahrens/Spätgens, Kap. 6, Rn. 2, der die Schutzschrift als Folge und Gegenmittel gegen das

Gehör zu gewähren¹⁶⁰. Das Rechtsinstitut ist trotz jahrzehntelanger Existenz¹⁶¹ weder gesetzlich geregelt, noch wird es gesetzlich erwähnt¹⁶².

Eine Schutzschrift ist ein Schreiben eines potentiellen Antragsgegners an ein potentiell mit einem Verfügungsgesuch befasstes Gericht, das im Falle des Eingangs des Verfügungsgesuchs berücksichtigt werden soll.¹⁶³ Es verschafft dem Anspruchsgegner die Möglichkeit, sich partielles rechtliches Gehör gegenüber dem Gericht zu erzwingen, obwohl das Verfügungsverfahren nach der Wahl der Verfahrensart durch das Gericht ohne Anhörung des Anspruchsgegners durchgeführt werden soll und rechtliches Gehör damit erst in einem ggf. nachfolgenden Widerspruchsverfahren gewährt werden soll. Dennoch anerkannt wird die Schutzschrift, da sie, anders als das Urteilsverfahren, weder dazu führt, dass sich die Entscheidung verzögert, zumal das Gericht die Schutzschrift sofort zur Kenntnis nehmen kann¹⁶⁴, noch eine Überraschung des Anspruchsgegners unmöglich gemacht wird, da dieser keine Kenntnis davon erlangt, ob seine Schutzschrift zur Kenntnis genommen wird oder nicht.¹⁶⁵

Umstritten ist, ob ein Gericht, das über ein Verfügungsgesuch im Beschlussweg entscheiden will, dem Antragsgegner das Verfügungsgesuch zumindest vor der Entscheidung zur Stellungnahme binnen sehr kurzer Frist zuleiten darf.¹⁶⁶ Selbst von Befürwortern dieser Ansicht wird indes moniert, dass von dieser Möglichkeit in der Praxis selten Gebrauch

Rechtsinstitut der Abmahnung bezeichnet. Dem kann nur insoweit gefolgt werden, als die Schutzschrift oftmals einer Abmahnung zeitlich nachfolgt. Die Schutzschrift wurde indes weder als Gegenmittel gegen Abmahnungen noch aufgrund des Rechtsinstituts der Abmahnung entwickelt. Eine Abmahnung ermöglicht dem Abmahnenden keine zwangsweise Durchsetzung und kann daher von dem Anspruchsgegner unberücksichtigt gelassen werden, wenn sie nicht berechtigt ist. Die Schutzschrift dient allenfalls als Gegenmaßnahme zu der in einer Abmahnung angedrohten Rechtsdurchsetzung im Wege der e.V.

¹⁶⁰ Die gesetzliche Regelung, über ein Verfügungsgesuch zulasten des Anspruchsgegners entscheiden zu können, ohne diesem zuvor rechtliches Gehör gewährt zu haben, wurde vom BVerfG als verfassungskonform bewertet (BVerfGE 9, 89, 96 ff.).

¹⁶¹ Siehe OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.03.1955, 6 W 51/55, NJW 1955, 1194.

¹⁶² Schulz, GRUR-Prax 2011, 313.

¹⁶³ Büscher/Dittmer/Schiwy, Vor § 12 UWG, Rn. 126; Seiler in Thomas/Putzo, § 935 Rn. 9; Schuschke/Walker, § 937, Rn. 14; vgl. auch May, S. 11; Deutsch, GRUR 1990, 327.

¹⁶⁴ Siehe Borck, MDR 1988, 908, 913.

¹⁶⁵ Wehlau, Rn. 9.

¹⁶⁶ Die wohl h.M. bejaht diese Möglichkeit: Büscher/Dittmer/Schiwy, Vor § 12 UWG, Rn. 122; Teplitzky, Kap. 55, Rn. 3, m.w.N.; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt H, Rn. 341, m.w.N.; a.A.: Musielak/Huber, § 921, Rn. 6; Ahrens/Scharen, Kap. 51, Rn. 19 f.; Melullis, Rn. 283; Nirk/Kurtze, Rn. 324; Borck, MDR 1988, 908, 911 ff.

gemacht wird.¹⁶⁷ Selbiges gilt für die Aufforderung des Gerichts an den Antragsteller, mit dem Verfügungsgesuch die ausgesprochene Abmahnung vorzulegen und die Reaktion des Anspruchsgegners auf die Abmahnung mitzuteilen.¹⁶⁸

Typischerweise enthält eine Schutzschrift die Anträge, das Verfügungsgesuch zurückzuweisen, hilfsweise über den Antrag nur aufgrund mündlicher Verhandlung zu entscheiden und wiederum hilfsweise die e.V. nur gegen Sicherheitsleistung zu erlassen.¹⁶⁹ Da der Einreichende die Begründung des erwarteten Verfügungsgesuchs nicht kennt, sind in der Begründung der Schutzschrift alle zu erwartenden Begründungsansätze aufzugreifen und zu entkräften.

Die Schutzschrift ist ein präventives Verteidigungsinstrument¹⁷⁰ gegen einen potentiellen Angriff, das dem Antragsgegner die Möglichkeit zur Äußerung gibt, andererseits aber keine zeitliche Verzögerung durch die Kenntnisnahme des Gerichts eintreten lässt. Zudem gewährleistet es, dass eine Überraschung des Gegners weiterhin möglich bleibt, wenn das Verfügungsverfahren trotz berücksichtigter Schutzschrift als einseitiges Beschlussverfahren fortgeführt wird. Zeitliche Verzögerungen werden vermieden, indem die Schutzschrift zunächst zu den Akten genommen wird und dem Gericht bei Eingang eines korrespondierenden Verfügungsgesuchs mit diesem vorgelegt wird. Regelmäßig wird eine Schutzschrift auf eine Abmahnung oder eine sonstige Androhung der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen hin eingereicht. Bei international agierenden Unternehmen kann auch ein Verfügungsgesuch in einem anderen Staat mit vergleichbaren Verhältnissen auf eine vergleichbare geschäftliche Handlung hin Anlass für die Einreichung einer Schutzschrift sein. Eines konkreten Anlasses bedarf die Einreichung einer Schutzschrift aber nicht. Es ist beispielsweise nach h.A. auch möglich, eine Schutzschrift gegen Unbekannt¹⁷¹ allein im Hinblick auf eine bevorstehende, tendenziell problematische geschäftliche Handlung einzureichen, wenn zu befürchten ist, dass diese als unlauter beanstandet wird.

¹⁶⁷ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 3 f.

¹⁶⁸ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 2 f.

¹⁶⁹ *May*, S. 144; *Mes/Bopp/Sonntag*, S. 28, der zusätzlich einen Antrag auf Kostenerstattung aufnimmt; vgl. auch *Schuschke/Walker*, § 937, Rn. 14, der den häufigen zweiten Hilfsantrag, die e.V. nur gegen Anordnung einer Sicherheitsleistung zu erlassen (siehe §§ 936, 921 S. 2 ZPO), nicht erwähnt; *Kleveman/Henßler*, § 18, Rn. 86, der zusätzlich einen Antrag auf Kostenerstattung aufnimmt.

¹⁷⁰ Siehe zur Qualifikation der Schutzschrift als Instrument der Rechtsverteidigung auch *May*, S. 38 f.

¹⁷¹ *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 550, m.w.N. auch zur abweichenden Mindermeinung; *Wehlau*, Rn. 82 f.; *Kleveman/Henßler*, § 18, Rn. 81; *Hilgard*, S. 43 f., der ebenfalls auf diese tatsächliche Praxis hinweist, sie aber für unzulässig erachtet.

Nach ganz h.M. sind die Gerichte aus Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet, die Schutzschrift zur Kenntnis zu nehmen.¹⁷²

Das Institut der Schutzschrift ist aus der Not geboren und nicht vom Gesetzgeber gezielt geschaffen worden. Mit dem Rechtsinstitut werden die Vorschriften der § 8 Abs. 1 AktO, die als Rechtsgrundlage für die Aufbewahrung der Schutzschriften herangezogen wird¹⁷³, und des Art. 103 Abs. 1 GG genutzt, um das Gericht dazu zu bewegen, von dem Vortrag des Antragsgegners Kenntnis zu nehmen, obwohl dies nach den gesetzlichen Vorgaben erst im Fall des Widerspruchs erfolgen soll (§§ 937 Abs. 2, 924 Abs. 2 S. 2 ZPO).

Das Rechtsinstitut ist tendenziell ineffizient, da bereits im Vorfeld eines hypothetischen Verfügungsverfahrens antizipiert werden muss, ob ein Antrag auf Erlass einer e.V. gestellt wird, mit welchem Inhalt dieser Antrag gestellt wird und vor welchem Gericht der Antrag gestellt wird.¹⁷⁴ Entscheidet das befassende Gericht trotz der zur Kenntnis genommenen Schutzschrift über das Verfügungsgesuch im Beschlussweg, und lässt es dem Antragsgegner das Verfügungsgesuch nicht vor der Entscheidung zur Stellungnahme zukommen, so kann es lediglich das Vorbringen des Antragsgegners zu dem antizipierten Vortrag des Antragstellers, nicht jedoch zu dem tatsächlichen Verfügungsgesuch berücksichtigen. Aus diesem Grund kann die Berücksichtigung einer Schutzschrift auch nicht als vollumfängliche und erschöpfende Gewährung rechtlichen Gehörs bewertet werden.¹⁷⁵ Die Frage, vor welchem Gericht das Verfügungsgesuch eingereicht wird, ist im Hinblick auf den im Lauterkeitsrecht regelmäßig eröffneten „fliegenden Gerichtsstand“¹⁷⁶ nicht mit Sicherheit zu beantworten. Korrespondierend zu dem weitreichenden Wahlrecht des Antragstellers konnte dem umsichtig agierenden potentiellen Antragsgegner früher nur geraten werden, die Schutzschrift in entsprechenden Fällen bundesweit bei allen sachlich zuständigen Landgerichten und dort sowohl bei der zuständigen Zivilkammer als auch bei evtl.

¹⁷² *Deutsch*, GRUR 1990, 327, 328; *Teplitzky*, WRP 1980, 373; *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 94; *Ahrens/Spätgens*, Kap. 6, Rn. 21; *Hasselblatt/Pitz*, § 4, Rn. 48; *Nirk/Kurtze*, Rn. 155, m.w.N.; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 553; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1240; vgl. auch *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt H, Rn. 253, m.w.N. auch zur abweichenden Mindermeinung; *Schulz*, GRUR-Prax 2011, 313, 314; a.A. auch *May*, S. 56, für die Konstellation, dass Schutzschriften so umfangreich sind, dass deren Kenntnisnahme innerhalb der durch die Eilbedürftigkeit der Sache begrenzten Zeit nicht möglich ist.

¹⁷³ *Nirk/Kurtze*, Rn. 158; *Ahrens/Spätgens*, Kap. 6, Rn. 13; *Walker*, Rn. 614 und 621; *May*, S. 22 ff.; *Deutsch*, GRUR 1990, 327, 328; *Rinkler*, MMR 2006, 269, 270.

¹⁷⁴ *May*, S. 73 ff.; vgl. auch *Wehlau*, Rn. 9.

¹⁷⁵ *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 42; *Teplitzky*, Kap. 54, Rn. 46; *Walker*, Rn. 281, 426 und 609, mit Nachweisen zur Gegenansicht.

¹⁷⁶ Siehe zum fliegenden Gerichtsstand auch obige Ausführungen unter A.) V.) 2.), S. 30 ff.

eingerrichteten Kammern für Handelssachen und Spezialkammern, sowie bei den nach § 942 ZPO zuständigen Amtsgerichten¹⁷⁷, einzureichen. Jedenfalls hätte ein pflichtgemäß beratender Rechtsanwalt seinem Mandanten in derartigen Situationen nach dem „Gebot des sichersten Weges“¹⁷⁸ hierzu raten müssen und sollte gewichtigen Ansichten zufolge auch weiterhin zu einer flächendeckenden Versendung von Schutzschriften raten¹⁷⁹. Dies hatte und hat partiell auch immer noch zur Folge, dass unabhängig davon, ob ein entsprechender Antrag gestellt wird, Schriftsätze an alle zuständigen Zivil-, Handels- und Spezialkammern versandt wurden.¹⁸⁰ Anlass zur lückenlos flächendeckenden Versendung von Schutzschriften bietet auch die Möglichkeit des Anspruchstellers, sich vor der Initiierung eines Verfügungsverfahrens darüber zu informieren, ob bei einem ins Auge gefassten Gericht ein solcher Schriftsatz eingereicht wurde. Schutzschriften werden von den Gerichten in dem öffentlich einsehbaren „Allgemeinen Register“ geführt und dort mit den Namen der Beteiligten und einer kurzen Beschreibung ihres Gegenstandes bezeichnet.¹⁸¹ Dies ermöglicht dem Antragsteller die Auswahl eines Gerichts, bei dem keine Schutzschrift eingereicht wurde, es sei denn, der Anspruchsgegner hat bei allen zuständigen Gerichten Schutzschriften eingereicht.

Da dem Antragsgegner der Inhalt des Verfügungsge­suchs zum Zeitpunkt der Einreichung, anders als im zweiseitigen Verfügungsverfahren, nicht bekannt ist, muss er sicherheitshalber zu allen denkbaren Anträgen und dazugehörigen Begründungen Stellung beziehen und sämtliche erdenklichen Einwendungen vortragen. Dies macht deutlich, dass hier regelmäßig ein ganz erheblicher Aufwand betrieben wurde und betrieben wird, ohne dass hierdurch ein Vorteil erreicht wird.¹⁸² Mittlerweile wurde diese Ineffizienz durch das sog. „Zentrale

¹⁷⁷ Auf diesen in vorliegendem Zusammenhang oftmals unberücksichtigt gelassenen Gerichtsstand weist Ahrens/*Spätgens*, Kap. 6, Rn. 10, m.w.N. zutreffenderweise hin.

¹⁷⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 13.03.2008, IX ZR 136/07, NJW-RR 2008, 1235, 1236, Tz. 14; BGHZ 171, 261, 264; *Speckmann*; Rn. 386, *Oberheim*, Rn. 401, der die Hoffnung hegt, dass sich in baldiger Zukunft zumindest alle Landgerichte zur Beachtung der Schutzschriften bereit erklären; *Adolphsen*, § 38, Rn. 13.

¹⁷⁹ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 56; *Hilgard*, S. 42 f.; Ahrens/*Spätgens*, Kap. 6, Rn. 11; *Goebel/David*, AnwF Zivilprozessrecht, § 15, Rn. 22.

¹⁸⁰ *Schuschke/Walker*, § 937, Rn. 14; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 551; *May*, S. 8; *Deutsch*, GRUR 1990, 327.

¹⁸¹ *Walker*, Rn. 621.

¹⁸² *Bülow*, ZJP 98 (1985) 274, 283; *Rinkler*, MMR 2006, 269, 270, der Schätzungen aus der Praxis anführt, nach denen sich in lediglich 2 bis 5% aller Fälle an Schutzschriften ein Verfügungsverfahren anschloss, was bei ca. 20.000 Schutzschriften pro Jahr dazu führe, dass der Aufwand für min. 19.000 Schutzschriften unnötig sei; vgl. *Herr*, GRUR 1986, 436 f.; Ahrens/*Spätgens*, Kap. 6 in Fn. 19; *Deutsch*, GRUR 1990, 327.

Schutzschriftenregister“ (im Folgenden: ZSR) abgemildert.¹⁸³ Das ZSR wird von einer privaten Organisation (der Europäischen EDV-Akademie des Rechts gGmbH) betrieben und bietet die Möglichkeit, Schutzschriften zentral, online und in digitaler Form zu hinterlegen.¹⁸⁴ Eine Vielzahl von Gerichten, wenn auch bei weitem nicht alle¹⁸⁵, haben sich verpflichtet, das ZSR bei Eingang eines Verfügungsgesuchs auf hinterlegte Schutzschriften zu überprüfen.¹⁸⁶ Sicherheitshalber sind daher an alle Gerichte, die sich nicht zu einer Überprüfung des ZSR verpflichtet haben, weiterhin Schutzschriften in herkömmlicher Form zu übermitteln. Noch sicherer, allerdings mit einem höheren Aufwand verbunden, ist es für den Anspruchsgegner, an alle zuständigen Gerichte und dort an alle zuständigen Spruchkörper körperliche Schutzschriften zu versenden.¹⁸⁷ Da Schutzschriften sechs Monate nach ihrem Eingang bei Gericht weggelegt werden, wird zudem empfohlen, das gesamte Prozedere in halbjährlichem Rhythmus zu wiederholen.¹⁸⁸

Auch wenn durch das ZSR die Ineffizienz des Rechtsinstituts der Schutzschrift verringert wurde, handelt es sich bei der Schutzschrift und dem ZSR doch um eine suboptimale Lösung.

Eine Schwäche des Rechtsinstituts der Schutzschrift besteht in ihrer Abhängigkeit von Verfügungsgesuchen. Schutzschriften werden vorsorglich und in Erwartung eines Verfügungsgesuchs erstellt und eingereicht. Wird eine entsprechende e.V. nicht beantragt,

¹⁸³ Siehe hierzu *Rinkler*, MMR 2006, 269, 270.

¹⁸⁴ Siehe <https://www.schutzschriftenregister.de>.

¹⁸⁵ Vgl. auch *Schuschke/Walker/Kessen*, Anhang zu § 935, B. Die Schutzschrift, Rn. 2; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1240; *Nordemann*, Rn. 1552; *Schulz*, GRUR-Prax 2011, 313, 314.

¹⁸⁶ Vgl. <https://www.schutzschriftenregister.de/Informationen/Gerichte>.

¹⁸⁷ Vgl. *Hasselblatt/Pitz*, § 4, Rn. 56 f.; a.A. *Kleveman/Henßler*, § 18, Rn. 82, der sich dafür ausspricht, dass Schutzschriften nur an die Gerichte versendet werden sollten, bei denen mit Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könne, dass sie mit dem Verfügungsgesuch befasst werden könnten. Zugunsten dieser Ansicht kann angeführt werden, dass hierdurch ein geringerer Anteil der Schutzschriften nutzlos wäre und damit die Ineffizienz des Instituts verringert würde. Sie berücksichtigt jedoch nicht, dass ein Anspruchsteller ein Interesse daran hat, dass ein Gericht über das Verfügungsgesuch entscheidet, bei dem keine Schutzschrift eingereicht wurde. Daher wird er tendenziell ein Gericht auswählen, bei dem er davon ausgeht, dass der Anspruchsgegner dieses nicht in Betracht zieht und daher an dieses keine Schutzschrift versendet. Aufgrund dieser Interessenlage der Parteien gebietet es die anwaltliche Sorgfaltspflicht, Schutzschriften „flächendeckend“ einzureichen. Auch ein Mandant dürfte in einer entsprechenden Konstellation nur wenig Verständnis gegenüber seinem Anwalt aufbringen, wenn ein ohnehin verfasster Schriftsatz nur an einen Teil der zuständigen Gerichte versandt wird, obwohl für ihn hierdurch kaum weitere Kosten entstehen, wenn er infolgedessen auf Unterlassung in Anspruch genommen wird, weil an das befasste Gericht keine Schutzschrift versandt wurde.

¹⁸⁸ *Mes/Bopp/Sonntag*, S. 30.

waren sämtliche Schutzschriften nutzlos und „gehen ins Leere“.¹⁸⁹ Werden Schutzschriften bundesweit „flächendeckend“ versandt und ein Verfügungsantrag tatsächlich gestellt, so wird nur ein¹⁹⁰ Exemplar der versandten Schutzschriften zur Kenntnis genommen – ein verschwindend geringer Anteil, der im einstelligen Prozentbereich liegen dürfte¹⁹¹. Zwar belasten sie in diesem Fall nicht die mit der Entscheidung befassten Richter, da sie von diesen erst zur Kenntnis genommen werden müssen, falls ein korrespondierendes Verfügungsgesuch eingeht. Allerdings geht mit der Bearbeitung der Schutzschriften absolut betrachtet ein erheblicher Verwaltungsaufwand einher, wenn bei einem möglichen Streitfall gleich eine hohe Anzahl von Gerichten befasst wird. Derartige Mehrfachbelastungen verschiedener Gerichte werden zivilprozessual grundsätzlich durch das Rechtsinstitut der anderweitigen Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) vermieden.¹⁹² Dieses führt dazu, dass die Befassung mehrerer Gerichte mit derselben Angelegenheit unzulässig und somit für den Antragsteller nutzlos ist und daher unterbleibt. Da der Anspruchsgegner eines lauterkeitsrechtlichen Verfügungsverfahrens nach vorherrschender Rechtslage jedoch nicht selbst aktiv werden und einen Konflikt auf der Ebene des vorläufigen Rechtsschutzes einer (vorläufigen) Klärung zuführen kann, wie es bspw. in Hauptsacheverfahren im Wege der neg. FK der Fall ist, verbleibt ihm nur die Möglichkeit, sich höchstvorsorglich vor Angriffen von allen denkbaren Seiten her zu wappnen.

Schutzschriften selbst führen nicht zu einer Klärung von Rechtsstreitigkeiten, sie sind keine verfahrenseinleitenden Schriftsätze. Nach vorherrschender Rechtslage besteht die einzige Möglichkeit des Anspruchsgegners, eine Klärung der Rechtslage herbeizuführen, in der Erhebung einer neg. FK. Diese vermag aber nicht zu verhindern, dass ein Anspruchsgegner zwischenzeitlich im Wege der Unterlassungsverfügung unberechtigt in Anspruch genommen wird. Insbesondere hat es ein Anspruchsgegner durch die Erhebung einer neg. FK nicht in der Hand, das zuständige Gericht für das entsprechende Verfügungsverfahren zu

¹⁸⁹ Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 921, Rn. 3; vgl. May, S. 18 f.; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1240; Walker, Rn. 610; Pastor, WRP 1972, 229, 231.

¹⁹⁰ Die Befassung mehrerer Gerichte mit demselben Verfügungsgesuch ist durch prozesstaktische Vorgehensweisen wie das sog. forum-shopping möglich (str.), siehe hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

¹⁹¹ May, S. 73, führt an, dass circa zwei Drittel aller Schutzschriften unberücksichtigt bleiben. Diese Zahlen beziehen sich indes allein auf das LG Hamburg, eines der bundesweit, aufgrund seiner Sachkunde, beliebtesten Gerichte für die Austragung lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten. Im Gegenzug zeigt Herr in GRUR, 1986, 436 auf, dass Schutzschriften bspw. auch bei dem LG Mosbach eingehen, hier jedoch in keinem Fall eine der betroffenen Streitigkeiten ausgetragen wurde. Der angeführte Wert von zwei Drittel dürfte den bundesweiten Durchschnitt des Anteils vergeblicher Schutzschriften daher weit überschreiten.

¹⁹² Siehe zu diesem Zweck des Rechtsinstituts der anderweitigen Rechtshängigkeit die Nachweise unter Fn. 929.

bestimmen, da das Wahlrecht für das Verfügungsverfahren nicht durch die Wahl des Gerichtsstands der neg. FK eingegrenzt wird.¹⁹³

Zudem stellt sich die Frage, ob ein Register mit einer solchen Bedeutung von privater Hand betrieben werden sollte und ob mit der Möglichkeit des Abrufs von Schutzschriften über das Internet wirklich technisch sichergestellt ist, dass das befassende Gericht im maßgeblichen Moment Zugriff auf die Schriftsätze hat. Da Schutzschriften gerade für dringende Konstellationen eingereicht werden, wird ein befasstes Gericht über ein Verfügungsgesuch wohl ohne Kenntnisnahme einer online hinterlegten Schutzschrift entscheiden, wenn der Zugriff auf diese im Entscheidungszeitpunkt aus technischen Gründen nicht möglich ist.

Letztlich ist die Handhabung in der Praxis zudem inkonsequent, wenn sie in dringlichen Fällen vorliegende Schutzschriften stets zur Kenntnis nimmt, andernfalls aber oftmals davon absieht, beim betroffenen Anspruchsgegner telefonisch nachzufragen oder ihm eine Aufforderung zur Stellungnahme binnen kurzer Frist zu übersenden. Durch diese Maßnahmen würden aufwändige Versuche, hypothetische Verfügungsgesuche abzuwehren, obsolet gemacht. Selbiges gilt für eine eigene Möglichkeit des Antragsgegners, eigeninitiativ eine Klärung der Rechtslage herbeizuführen.

Bislang wenig beachtet wurden die möglichen negativen Folgen einer Schutzschrift für den Antragsgegner. Obwohl dieser die Schutzschrift ohne Kenntnis von dem Inhalt des Verfügungsgesuchs verfasst, kann sie im Rahmen der gerichtlichen Prüfung der Erfolgsaussichten des Verfügungsgesuchs zulasten des Antragsgegners herangezogen werden. Bezüglich des Vortrags des Antragsgegners in der Schutzschrift ist zu berücksichtigen, dass es sich aufgrund des besonderen Charakters der Schutzschrift als Maßnahme im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht um einen vollwertigen Vortrag handelt. Anders als bspw. bei einer Klageerwidderung ist es einem Anspruchsgegner hier nicht möglich, dezidiert zu dem Sachvortrag des Anspruchstellers Position zu beziehen, Behauptungen zu widerlegen oder rechtliche Argumentationen aufzugreifen und zu entkräften. Der Antragsgegner kennt den Inhalt des Verfügungsgesuchs, gegen das er sich verteidigt, nicht. Trotz dieser besonderen Situation können Schutzschriften weitreichende Nachteile zulasten des Anspruchsgegners zur Folge haben. So kann eine Schutzschrift bspw. für die Frage, ob ein dringender Fall i.S.v. § 937 Abs. 2 ZPO vorliegt, für eine etwaige gerichtliche Interessen-

¹⁹³ FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1202; Teplitzky, Kap. 54, Rn. 3; Borck, WRP 1997, 265, 268; OLG Hamburg, Urteil vom 16.11.2000, 3 U 107/00, GRUR 2001, 361; a.A. OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.09.1995, 6 W 78/95, WRP 1996, 27.

abwägung oder allgemein für die Frage der Dringlichkeit zulasten des Anspruchsgegners relevant werden und dazu führen, dass e.V. ergehen, die allein aufgrund des Vortrags des Antragstellers nicht ergangen wären oder Beschlussverfahren durchgeführt werden, wenn Gerichte andernfalls eine mündliche Verhandlung anberaumt hätten.¹⁹⁴ Der Inhalt der Schutzschrift wird in diesen Fällen wie eine Erwiderung auf das Verfügungsgesuch und damit wie ein gleichwertiger Vortrag des Antragsgegners behandelt. Diese Gleichstellung ist nicht gerechtfertigt, da der Antragsgegner beim Verfassen einer Schutzschrift lediglich versuchen kann, den Inhalt des Verfügungsgesuchs zu antizipieren. Ein präzises und schlagkräftiges Eingehen auf den Inhalt des Verfügungsgesuchs bleibt ihm verwehrt. Der Anspruch des Antragstellers auf rechtliches Gehör wird hingegen auch im Verfügungsverfahren und gegenüber einem nur unvollkommenen Verteidigungsvortrag des Anspruchsgegners vollumfänglich gewährleistet. So dürfen die Gerichte ein Verfügungsgesuch auf eine Schutzschrift hin nach herrschender Ansicht nicht zurückweisen, ohne dem Anspruchsteller zuvor rechtliches Gehör zu den Ausführungen in der Schutzschrift zu gewähren.¹⁹⁵

6.) Rechtsinstitut des Abschlussverfahrens

Ein sog. Abschlussverfahren¹⁹⁶ kann sich einer e.V. anschließen. Das Verfahren ist gesetzlich nicht vorgesehen, hat sich aber in der Rechtspraxis etabliert und bewährt. Es dient dazu, die Wirkungen einer e.V. denen eines (rechtskräftigen) Hauptsachetitels gleichzustellen, indem die e.V. durch vertragliche Vereinbarungen einem (rechtskräftigen) Hauptsacheurteil in Bezug auf die Möglichkeiten der Aufhebung gleichgestellt wird.¹⁹⁷

Durch das sog. Abschlussschreiben fordert der obsiegende Antragsteller den unterlegenen Antragsgegner dazu auf, die ergangene e.V. als zwischen den Parteien materiell-rechtlich verbindliche, endgültige Regelung anzuerkennen¹⁹⁸ und auf alle Möglichkeiten eines Vorgehens gegen die e.V. und den durch sie gesicherten Anspruch zu verzichten, die auch

¹⁹⁴ So bspw. *Deutsch*, GRUR 1990, 327, 328; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 168; a.A. *Borck*, MDR 1988, 908, 913, der die Berücksichtigung einer Schutzschrift zum Nachteil des Antragsgegners für treuwidrig erachtet.

¹⁹⁵ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1240; *ders.* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 622, m.w.N.; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 134; *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 52; *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 3.40.

¹⁹⁶ Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter A.) V.) 4.), S. 39 f.

¹⁹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 05.07.1990, I ZR 148/88, GRUR 1991, 76 f. – *Abschlussklärung*; *Teplitzky*, GRUR 1991, 709, 714.

¹⁹⁸ Siehe hierzu auch *Ahrens*, WRP 1997, 907, 911.

im Fall eines rechtskräftigen Hauptsachetitels ausgeschlossen wären.¹⁹⁹ Durch die Abgabe der sog. Abschlusserklärung stimmt der Antragsgegner dem Abschlussschreiben zu.

Hintergrund dieser Vorgehensweise ist der Charakter der e.V. als lediglich vorläufiges Rechtsschutzinstrument, das grundsätzlich unbefristet mit den Rechtsbehelfen der §§ 924, 926 und 927 ZPO angegriffen werden kann und dem obsiegenden Antragsteller daher von Gesetzes wegen nicht die gleiche Rechtsbeständigkeit wie ein (rechtskräftiger) Hauptsachetitel verschafft.

Ähnlich wie bei Abmahnungen²⁰⁰ besteht im Hinblick auf § 93 ZPO eine Obliegenheit des im Verfügungsverfahren erfolgreichen Anspruchstellers, dem Gegner vor der Erhebung einer Hauptsacheklage die Möglichkeit einzuräumen, die Eilentscheidung als endgültig verbindlich anzuerkennen.²⁰¹

Für den unterlegenen Antragsgegner hat das Abschlussverfahren den Vorteil, dass das Rechtsschutzbedürfnis des Anspruchstellers für eine Hauptsacheklage entfällt.²⁰² Für den Anspruchsgegner entfallen die Möglichkeiten zur gerichtlichen Geltendmachung einer Schadensersatzforderung nach § 945 ZPO sowie zur Erhebung einer neg. FK in Bezug auf das Bestehen des Unterlassungsanspruchs.²⁰³ Sofern sich ein unterlegener Antragsgegner von einem Hauptsacheverfahren keine höheren Erfolgschancen verspricht, stellt die Abgabe der Abschlusserklärung für ihn eine Möglichkeit dar, die Auseinandersetzung endgültig, rasch und kostengünstig zu beenden.²⁰⁴ Für den obsiegenden Antragsteller gibt es keine Möglichkeit, schneller und mit geringerem Kostenrisiko einen endgültigen Unterlassungstitel zu erlangen. Für die Gerichte bedeuten Abschlussverfahren eine erhebliche Entlastung.

¹⁹⁹ Vgl. die Muster bei Hasselblatt/Lensing-Kramer, § 5, Rn. 78 und Goebel/David, AnwF Zivilprozessrecht, § 15, Rn. 306 f.; jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 155; Büscher/Dittmer/Schiwy, Vor § 12 UWG, Rn. 161 ff.; Teplitzky, Kap. 43, Rn. 8; Nordemann, Rn. 1598. Der oftmals vorgeschlagene bloße Verzicht auf die besonderen Rechtsbehelfe der §§ 924, 926 und 927 ZPO greift indes zu kurz und kann die gewünschte endgültige und vollumfängliche Streitbeilegung nicht mit letzter Sicherheit herbeiführen, so auch Ahrens, WRP 1997, 907, 908.

²⁰⁰ Siehe zur ähnlichen Obliegenheit bei Abmahnungen die Ausführungen unter A.) V.) 3.), S. 35 f.

²⁰¹ jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 155; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.03.1996, 6 W 15/96, WRP 1996, 922 f. - CD-ROM "Erotic 5"; Teplitzky, Kap. 43, Rn. 27, m.w.N.; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1243.

²⁰² BGH, Urteil vom 05.07.1990, I ZR 148/88, GRUR 1991, 76, 77 - Abschlusserklärung; BGHZ 181, 373, 376 f. - Mescher weis; Teplitzky, Kap. 43, Rn. 11; Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 647, m.w.N.; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 190; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1245.

²⁰³ Teplitzky, Kap. 43, Rn. 11; Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 647; OLG Köln, Beschluss vom 07.02.1969, 6 W 83/68, GRUR 1970, 204, 205 - Metalltüren.

²⁰⁴ Ahrens, WRP 1997, 907.

Prozesse, die allein aufgrund der Unsicherheit über den dauerhaften Fortbestand e.V.'en geführt werden, obwohl die unterlegene Partei nicht beabsichtigt, sich gegen die gerichtliche Entscheidung zur Wehr zu setzen, können vermieden werden.

Für den Anspruchsgegner ist die Abgabe der Abschlusserklärung allerdings auch mit Gefahren verbunden. Zwar spricht die Existenz der ergangenen e.V. in gewissem Umfang für deren Richtigkeit²⁰⁵, im Vergleich zu einem Hauptsacheurteil ist die Richtigkeitsgewähr aber erheblich eingeschränkt.²⁰⁶ Es besteht daher die Gefahr, dass sich der unterlegene Anspruchsgegner aufgrund der Autorität der Gerichtsentscheidung veranlasst sieht, diese als endgültig zu akzeptieren, obwohl der darin titulierte Anspruch nach materieller Rechtslage nicht besteht. Insoweit und auch in Bezug auf den Zweck beider Rechtsinstitute besteht eine Ähnlichkeit zur Unterwerfung, die ebenfalls durch vertragliche Vereinbarung zu einer außergerichtlichen Streitbeilegung führt.²⁰⁷

7.) Problematik der Schadensbeziehung

Der Nachweis der Entstehung sowie die Bezifferung der Höhe eines durch einen lauterkeitsrechtlichen Verstoß verursachten Schadens sind regelmäßig sehr problematisch.²⁰⁸ Dies führt dazu, dass die Bedeutung des Schadensersatzanspruchs (§ 9 UWG) in der lauterkeitsrechtlichen Praxis relativ gering ist und steigert die Bedeutung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs.²⁰⁹ Kann ein betroffener Mitbewerber²¹⁰ nicht davon ausgehen, dass ein drohender Schaden ausgeglichen wird, ist die präventive Abwehr der Verletzungs-

²⁰⁵ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 4.), S. 39.

²⁰⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 356.

²⁰⁷ *Teplitzky*, Kap. 43, Rn. 35; *Berneke*, Rn. 16, der das Abschlussverfahren als eine Art zweites Abmahnverfahren beschreibt; *Emmerich*, § 25, Rn. 22 („besondere Erscheinungsform der Abmahnung“), ebenso *Hasselblatt/Lensing-Kramer*, § 5, Rn. 74, der die Formulierung „Anschlussabmahnung“ verwendet und BGH, Urteil vom 02.03.1973, I ZR 5/72, GRUR 1973, 384 f., m.w.N. - *Goldene Armbänder*.

²⁰⁸ *Ahrens/Ahrens*, Kap. 48, Rn. 6; *Keller*, WRP 2000, 908, 910; *Schuschke/Walker/Kessen*, Anhang zu § 935, Rn. 1; *Schuschke/Walker*, Vor § 935, Rn. 30; *Emmerich*, § 23, Rn. 12 ff.; *Teplitzky*, Kap. 34, Rn. 5 ff., Kap. 52, Rn. 30 ff.; *Hoene*, WRP 2008, 44, 45; *Berneke*, Rn. 2, 17 und 51; *Großkomm/Köhler*, Vor § 13, Rn. 245; *Borck*, WRP 1986, 1, 4; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 9, Rn. 1; *Alexander*, S. 233 ff.; *Goldmann* in *Harte/Henning*, § 9, Rn. 8 ff. sowie Rn. 87 ff.; *Kleveman/Henßler*, § 18, Rn. 1; *Speckmann*, Rn. 68; *Kehl* in FS für Loschelder, S. 139; *Hilgard*, S. 5; *FA-GewRS/Schmittmann*, Kap. 6, Rn. 1026; *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 257.

²⁰⁹ *Großkomm/Köhler*, Vor § 13, Rn. 22; *Berneke*, Rn. 17; vgl. auch *Ahrens/Ahrens*, Einleitung, Ziff. 1.

²¹⁰ Anders als für den lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch sind für den lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruch ausschließlich Mitbewerber aktivlegitimiert.

handlung für ihn von umso größerem Gewicht.²¹¹ Die präventive Abwehr einer schädigenden Handlung verhindert die Schadensentstehung und vermeidet dadurch das Problem einer Bezifferung der Schadenshöhe.²¹²

Schadensersatz in Form der Naturalrestitution durch die Wiederherstellung eines ursprünglichen Zustands kommt im Lauterkeitsrecht selten in Betracht.²¹³ In den verbleibenden Fällen kann die Vornahme von Maßnahmen, die unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution erstattungsfähig wären, oftmals bereits unter den geringeren Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs (§ 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG) begehrt werden.²¹⁴ Die Bezifferung erlittener Nachteile kann auch im Lauterkeitsrecht unschwer möglich sein, wie bspw. bei Kosten der Rechtsverfolgung, die im Allgemeinen ohne größere Schwierigkeiten belegt werden können.²¹⁵ Typischerweise bereitet die Schadensbezifferung aber erhebliche Probleme.²¹⁶ Dies gilt insbesondere für die Darlegung und Bezifferung eines entgangenen Gewinns, für die Notwendigkeit von Maßnahmen der Marktentwerrung²¹⁷ sowie für die Darlegung und Bezifferung einer verbleibenden Marktverwirrung. Dem beweisbelasteten²¹⁸ Anspruchsteller können zwar die Beweiserleichterungen der §§ 287 ZPO und 252 BGB zugutekommen²¹⁹, diese können die aus der Natur der Materie resultierenden Schwierigkeiten aber nicht beseitigen. Gewichtige Stimmen in der Literatur plädieren zwar für eine weitaus großzügigere Handhabung der Möglichkeit zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO²²⁰, in der Praxis spielt der lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch indes weiterhin keine gewichtige Rolle. In Klagen wird zwar

²¹¹ Vgl. Ahrens/Ahrens, Kap. 48, Rn. 6.

²¹² Alexander, S. 179.

²¹³ Goldmann in Harte/Henning, § 9, Rn. 103 ff.; Alexander, S. 234 f., der den Grundsatz des Vorrangs der Naturalherstellung im Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts bezeichnenderweise als „totes“ Rechtsprinzip titulierte; Köhler/Bornkamm, § 9, Rn. 1.26 ff.

²¹⁴ Goldmann in Harte/Henning, § 9, Rn. 103; Köhler/Bornkamm, § 9, Rn. 1.25.

²¹⁵ Teplitzky, Kap. 52, Rn. 31; Nach der Systematisierung der möglichen Schäden im Lauterkeitsrecht von Alexander (S. 241) wären derartige Schäden als „wettbewerbsunspezifische“ Schäden zu bezeichnen.

²¹⁶ Vgl. v. Falckenstein, WRP 1978, 505, 507, der anführt, dass die wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklage in der Praxis primär als Druckmittel und nicht als taugliches Mittel zur Abschöpfung eines durch unlautere Praktiken erzielten Gewinns dient; sowie Schricker, GRUR Int. 1996, 473, 474, der anführt, dass der Satz „unlauterer Wettbewerb rentiert sich immer“ auch weiterhin Geltung beanspruchen könne.

²¹⁷ Vgl. zu den Begriffen der Marktverwirrung und der Marktentwerrung Köhler/Bornkamm, § 9, Rn. 1.30 ff. sowie Teplitzky, Kap. 34, Rn. 7 ff.

²¹⁸ Piper/Ohly/Sosnitza, § 9, Rn. 9.

²¹⁹ Siehe bspw. Piper/Ohly/Sosnitza, § 9, Rn. 1 und 13; Teplitzky, Kap. 52, Rn. 33.

²²⁰ Goldmann in Harte/Henning, § 9, Rn. 9; Teplitzky, Kap. 28, Rn. 2, Kap. 52, Rn. 32 ff.; Hasselblatt/Spuhler/Vykydal, § 3, Rn. 124.

oftmals die (positive) Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz beantragt²²¹, dies dient jedoch häufig nur der „Schaffung von Verhandlungsmasse“, um den Anspruchsgegner zur Anerkennung des Unterlassungsanspruchs und der Kostenlast unter Verzicht auf die Feststellung des Schadensersatzanspruchs zu bewegen (sog. „Kölner Brauch“).²²² Hat ein Schadensersatzfeststellungsantrag Erfolg, lassen es die Parteien in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten regelmäßig nicht mehr zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Höhe des Schadensersatzanspruchs kommen, sondern einigen sich außergerichtlich über einen zu zahlenden Betrag.²²³

Neben der Möglichkeit der, nach allgemeinem Schadensrecht üblichen, konkreten Schadensberechnung können einem Anspruchsteller die Alternativen der Schadensberechnung nach der sog. Lizenzanalogie²²⁴ oder der Herausgabe des Verletzergewinns zugutekommen. Diese Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung ist für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte und Urheberrechte anerkannt.²²⁵ Sie beruht darauf, dass die Schutzrechtsgesetze den Rechtsinhabern eigentumsähnliche, absolute Rechtspositionen zuweisen. Sämtliche Verletzungen dieser Rechte wirken sich damit unmittelbar zulasten der Rechtsinhaber aus. Da das UWG keine absoluten Ausschließlichkeitsrechte, sondern relative Verhaltenspflichten begründet²²⁶, die gegenüber einer Vielzahl von Personen (bspw. auch gegenüber nicht aktivlegitimierten Verbrauchern, § 1 UWG) bestehen, unterscheidet sich die Sachlage insoweit grundlegend. Im Lauterkeitsrecht ist die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung nur für die Fälle des

²²¹ Siehe auch Hasselblatt/*Lensing-Kramer*, § 5, Rn. 86; *Borck*, WRP 1986, 1, 4 („fast routinemäßig“); *Alexander*, S. 177 ff.; FA-GewRS/*Schmittmann*, Kap. 6, Rn. 1026; *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 874.

²²² *Großkomm/Köhler*, Vor § 13, B, Rn. 245; *Borck*, WRP 1986, 1, 4; *Goldmann* in *Harte/Henning*, § 9, Rn. 9; *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 874; *Speckmann*, Rn. 68.

²²³ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1271.

²²⁴ Hierbei werden die Kosten einer fiktiven angemessenen Lizenz angesetzt. Diese Berechnungsmethode beruht auf dem Gedanken, dass ein Verletzer nicht besser stehen darf als ein rechtmäßiger Nutzer. Dementsprechend ist irrelevant, ob einem tatsächlichen Vertragsschluss der Parteien Hindernisse entgegengestanden hätten (bspw. weil ein Rechtsinhaber ein Recht ausschließlich selbst nutzt).

²²⁵ *Köhler/Bornkamm*, § 9, Rn. 1.36; siehe hierzu auch die europarechtliche Vorgabe des Art. 13 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157 vom 30.04.2004, S. 45).

²²⁶ Siehe Abschnitt A.) IV.) 2.), S. 26.

ergänzenden Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG²²⁷ sowie für den Schutz von Unternehmensgeheimnissen und Vorlagen nach §§ 17 und 18 UWG²²⁸ anerkannt.

8.) Kurze Verjährungsfrist lauterkeitsrechtlicher Ansprüche

Die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz unterliegen nach § 11 Abs. 1 UWG einer sehr kurzen Verjährungsfrist von sechs Monaten. Nur wenn die Voraussetzungen für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 11 Abs. 2 UWG nicht erfüllt sind, gilt für Unterlassungsansprüche die der allgemeinen Verjährungsfrist (§ 195 BGB) entsprechende, absolute Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 11 Abs. 4 UWG). Für Schadensersatzansprüche gilt in diesem Fall eine absolute Verjährungsfrist von 10 bzw. 30 Jahren (vgl. § 11 Abs. 3 UWG). Die sehr kurze Verjährungsfrist entspricht dem schnelllebigen Charakter des Lauterkeitsrechts.²²⁹ Sie dient dazu, den geschäftlich Handelnden Rechtssicherheit darüber zu verschaffen, dass sie für Handlungen aus einem weiter zurückliegenden Zeitraum nicht mehr von einer Vielzahl von Anspruchsberechtigten²³⁰ in Anspruch genommen werden können, und soll der Schwierigkeit der tatsächlichen Feststellung von Wettbewerbsverstößen Rechnung tragen²³¹. Den potentiellen Anspruchsteller zwingt sie dazu, sich vergleichsweise zügig entscheiden zu müssen, ob er eine geschäftliche Handlung beanstandet²³², dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, im Hinblick auf § 93 ZPO, regelmäßig noch eine Abmahnung ausgesprochen wird²³³. Bei Dauerhandlungen setzt erst die Einstellung der Handlung die Verjährungsfrist in Gang²³⁴, hier besteht für den Anspruchsteller aus dem Gesichtspunkt der Verjährung kein Grund zur zügigen Inanspruchnahme des Anspruchsgegners. Umstritten ist, ob auch der vorbeugende Unterlassungsanspruch²³⁵ verjähren kann. Nach wohl noch

²²⁷ Köhler/Bornkamm, § 9, Rn. 1.36b; Piper/Ohly/Sosnitza, § 9, Rn. 15; BGH, Urteil vom 21.09.2006, I ZR 6/04, GRUR 2007, 431, 433, Tz. 21 – *Steckverbindergehäuse*.

²²⁸ Köhler/Bornkamm, § 9, Rn. 1.36b; Piper/Ohly/Sosnitza, § 9, Rn. 15; BGH, Urteil vom 18.02.1977, I ZR 112/75, GRUR 1977, 539, 541 f. – *Prozeßbrechner*.

²²⁹ Siehe diesbezüglich die nachfolgenden Ausführungen unter A.) V.) 9.), S. 56 ff.

²³⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 10.), S. 60 f.

²³¹ BGH, Urteil vom 10.01.1968, I ZR 149/65, GRUR 1968, 367, 370 – *Corrida*; Urteil vom 26.01.1984, I ZR 195/81, GRUR 1984, 820, 823 – *Intermarkt II*; Köhler/Bornkamm, § 11, Rn. 1.2; Schabenberger, WRP 2002, 293, 294.

²³² Vgl. Köhler/Bornkamm, § 11, Rn. 1.2.

²³³ Vgl. obige Ausführungen unter A.) V.) 3.), S. 34 ff.

²³⁴ Teplitzky, Kap. 16, Rn. 3, auch zu der dogmatisch umstrittenen Frage, ob die Verjährungsfrist vor Abschluss der Dauerhandlung nicht zu laufen beginnt oder stetig neu beginnt; Köhler/Bornkamm, § 11, Rn. 1.21; BGH, Urteil vom 27.02.2003, I ZR 25/01, GRUR 2003, 448, 450 – *Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft*; Urteil vom 28.09.1973, I ZR 136/71, GRUR 1974, 99, 100 – *Brünova*.

²³⁵ Siehe zur Differenzierung Verletzungsunterlassungsanspruch/vorbeugender Unterlassungs-

vorherrschender Meinung²³⁶ ist dies nicht der Fall. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass Verjährung nicht eintritt, solange Erstbegehungsgefahr besteht. Da es sich bei der Erstbegehungsgefahr um eine materiell-rechtliche Tatbestandsvoraussetzung handelt, führt deren Wegfall zugleich zum Erlöschen des Anspruchs, dem Objekt der Verjährung (§ 194 Abs. 1 BGB). Nach der im Vordringen befindlichen Gegenansicht²³⁷ ist wie beim Verletzungsunterlassungsanspruch nach Dauerhandlungen und einmaligen Zuwiderhandlungen zu differenzieren. Zumindest bei einmaligen Zuwiderhandlungen wird Verjährbarkeit wie beim Verletzungsunterlassungsanspruch angenommen.

Der Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung hatte bis zur Schuldrechtsreform 2002²³⁸ keinen Einfluss auf die Hemmung des Unterlassungsanspruchs.²³⁹ Durch die Einführung des § 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB hat sich dies geändert. Auch wenn sich wettbewerbliche Unterlassungsverfügung und Unterlassungsklage nicht auf denselben Streitgegenstand beziehen²⁴⁰, da das Verfügungsgesuch die vorläufige und die Klage die endgültige Durchsetzung des Anspruchs zum Gegenstand hat, führen nach der Neuregelung beide Verfahren zur Hemmung der Verjährung des Unterlassungsanspruchs²⁴¹. Ausweislich der Gesetzesbegründung²⁴² wurde die Regelung insbesondere im Hinblick auf wettbewerbliche Unterlassungsverfügungen geschaffen und soll verhindern, dass ein Anspruchsteller gezwungen wird, aufgrund drohender Verjährung ein Hauptsacheverfahren einzuleiten, obwohl er sein Ziel eines Unterlassungstitels durch ein bereits initiiertes Verfügungsverfahren erreichen kann.

anspruch die Ausführungen unter Fn. 269.

²³⁶ BGH, Urteil vom 29.09.1978, I ZR 107/77, GRUR 1979, 121, 122 – *Verjährungsunterbrechung*; Urteil vom 10.11.1965, Ib ZR 101/63, GRUR 1966, 623, 626 – *Kupferberg*; OLG Koblenz, Beschluss vom 28.01.1988, 6 U 1602/87, WRP 1988, 557, 558; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.07.1995, 2 U 59/95, NJWE-WettbR 1996, 31, 32.

²³⁷ *Teplitzky*, Kap. 16, Rn. 5; *Köhler/Bornkamm*, § 11, Rn. 1.3; *Ahrens/Bornkamm*, Kap. 34, Rn. 11; *Großkomm/Messer*, § 21, Rn. 12; zur parallelen Problematik im Markenrecht: *Ingerl/Rohnke*, § 20, Rn. 16.

²³⁸ Abgedruckt in BGBl. 2001 I, 3138.

²³⁹ *Mansel*, NJW 2002, 89, 98; *Schabenberger*, WRP 2002, 293, 294; *Schulz* in *Harte/Henning*, § 11, Rn. 101.

²⁴⁰ H.M. *Walker*, Rn. 142; *Ahrens/Ahrens*, Kap. 55, Rn. 9; *Baur*, S. 76 und 79; *Schellhammer*, Rn. 1905; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmaier*, Abschnitt A, Rn. 9, m.w.N. auch zur abweichenden Mindermeinung (anders noch 1. Auflage, Abschnitt A, Rn. 4); *Adolphsen*, § 38, Rn. 14 und 16.

²⁴¹ *Schabenberger*, WRP 2002, 293, 296 f.; *Mansel*, NJW 2002, 89, 98; *Teplitzky*, Kap. 16, Rn. 35; *Schulz* in *Harte/Henning*, § 11, Rn. 101; *Spätgens* in *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 104, Rn. 20.

²⁴² Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 115.

Liegen die Voraussetzungen für beide Verfahrensarten vor, kann ein Anspruchsteller die kurze Verjährungsfrist somit wahlweise nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch Erhebung der Unterlassungsklage oder nach § 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB durch ein Unterlassungsverfügungsgesuch hemmen. Wäre er an der Einleitung eines der beiden Verfahren gehindert, stünde grundsätzlich noch die Möglichkeit zur Verfügung, die Verjährung des Anspruchs durch Einleitung des verbleibenden Verfahrens zu verhindern und den Unterlassungsanspruch auf diesem Weg durchzusetzen.

Durch einseitige Maßnahmen der außergerichtlichen Streitbeilegung wie Abmahnung²⁴³ und Abschlussschreiben²⁴⁴ wird die Verjährung nicht gehemmt, da Verhandlungen im Sinn von § 203 S. 1 BGB eine beiderseitige Auseinandersetzung mit dem geltend gemachten Anspruchsbegehren voraussetzen²⁴⁵.

Die Erhebung einer neg. FK durch den Anspruchsgegner oder die Verteidigung des Anspruchstellers gegen diese Klage hemmen die Verjährung ebenfalls nicht.²⁴⁶ Die Klage des Anspruchsgegners würde sich sonst zugunsten des Anspruchstellers auswirken.

9.) Schnelllebigkeit geschäftlicher Handlungen

Die Schnelllebigkeit ist ein wesentliches Charakteristikum des Lauterkeitsrechts²⁴⁷, das sich in mehreren wettbewerbsverfahrensrechtlichen Eigentümlichkeiten widerspiegelt.

Wie in kaum einem anderen Rechtsgebiet spielt das Zeitmoment hier oftmals eine entscheidende Rolle bei der Verwirklichung des materiellen Rechts. Lauterkeitsrechtlich relevante Handlungen, wie beispielsweise Werbemaßnahmen oder Äußerungen über Mitbewerber, führen zu einer Förderung der eigenen Geschäftstätigkeit der Handelnden²⁴⁸ und zur Behinderung der Geschäftstätigkeit der Konkurrenz. Um eine möglichst große

²⁴³ Ausdrücklich Ahrens/*Bornkamm*, Kap. 34, Rn. 40; *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 104, Rn. 21; *Teplitzky*, Kap. 16, Rn. 36a; *Schulz* in Harte/Henning, § 11, Rn. 97.

²⁴⁴ Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 6.), S. 49 ff.

²⁴⁵ Ahrens/*Bornkamm*, Kap. 34, Rn. 40; *Teplitzky*, Kap. 16, Rn. 36a; *Schulz* in Harte/Henning, § 11, Rn. 97.

²⁴⁶ BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 - *Parallelverfahren II*; Urteil vom 10.11.1982, VIII ZR 156/81, NJW 1983, 392; Urteil vom 21.03.1972, VI ZR 110/71, NJW 1972, 1043; Ahrens/*Spätgens*, Kap. 34, Rn. 33; *Schulz* in Harte/Henning, § 11, Rn. 108; *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 104, Rn. 21; *MüKoBGB/Grothe*, § 204, Rn. 4; *Henrich* in BeckOK BGB, § 204, Rn. 3; a.A. *Baltzer*, S. 161 ff.

²⁴⁷ Vgl. Fezer/*Büscher*, § 12, Rn. 74; Kleveman/*Henßler*, § 18, Rn. 1.

²⁴⁸ Kleveman/*Henßler*, § 18, Rn. 1.

Anzahl potentieller Kunden zu erreichen, erfolgen geschäftliche Handlungen oftmals über Massenmedien wie das Internet, Fernsehen, Radio oder über Printmedien. Dies hat zur Folge, dass durch geschäftliche Handlungen binnen kurzer Zeit sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht sehr weitreichende Nachteile zulasten der Betroffenen hervorgerufen werden können. Diese Gefahr begründet ein berechtigtes Interesse an rechtzeitigem Primärrechtsschutz, der durch Klageverfahren, aufgrund der damit verbundenen Verfahrensdauer, nur selten gewährleistet werden kann²⁴⁹.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der die Schnelllebigkeit zu einem charakteristischen Merkmal des Lauterkeitsrechts macht, ist die Zeitgebundenheit wettbewerblicher Handlungen.²⁵⁰ Geschäftliche Handlungen sind oftmals nicht auf Dauer angelegt, da sie ihre Wirkung nur vorübergehend entfalten können oder sollen. So sind beispielsweise die qualitativ besonders oft beanstandeten Werbemaßnahmen im Allgemeinen nicht geeignet, die Aufmerksamkeit potentieller Kunden für längere Zeit auf das Angebot des werbenden Unternehmens zu lenken oder wettbewerbsrelevante Handlungen, wie Messeauftritte oder Sonderverkaufsaktionen, sollen von vornherein nur in einem kurzen Aktionszeitraum stattfinden²⁵¹. Auch kann ein Interesse von Betroffenen an der Unterbindung herabsetzender Äußerungen nach deren Vornahme erlöschen, da die Wiederholung der Äußerungen keine weitere Diffamierung mehr bewirken kann oder abträgliche Tatsachen Dritten gegenüber bereits behauptet wurden.

Vermag ein Betroffener in diesen Fällen keinen rechtzeitigen Primärrechtsschutz in Form der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs zu erlangen, bleibt ihm effektiver Rechtsschutz endgültig versagt.²⁵² Eine Unterlassungsanordnung, die erst ergeht, wenn der geschäftlich Handelnde die Vornahme der zu unterlassenden Handlung nicht mehr beabsichtigt, verschafft dem Betroffenen keinen Vorteil in der Sache, sondern allenfalls noch eine günstige Kostenentscheidung.

Diese Zeitgebundenheit führt dazu, dass Klageverfahren in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten, entgegen dem Leitbild der ZPO, quantitativ die Ausnahme bilden. Mit einer

²⁴⁹ Berneke, Rn. 17; Teplitzky, Kap. 53, Rn. 1; Schuschke/Walker, Vor § 935, Rn. 86; Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 264; Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 1; vgl. auch Arens in FS für v. Caemmerer, S. 76 und 83 f.

²⁵⁰ Siehe Pastor, S. 229 f.; Berneke, Rn. 17; Grunsky, JuS 1976, 277, 284; vgl. auch Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 940, Rn. 16; Kehl in FS für Loschelder, S. 139.

²⁵¹ Siehe Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 1.

²⁵² Vgl. Vogg, NJW 1993, 1357, 1360; Grunsky, Jus 1976, 277, 284.

Verfahrensdauer von mehreren Monaten oder Jahren waren und sind (Unterlassungs-) Klageverfahren in der überwiegenden Anzahl der Auseinandersetzungen nicht geeignet, dem schnelllebigen Charakter des Lauterkeitsrechts gerecht zu werden.²⁵³ Hingegen sind Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich nicht dazu bestimmt, die Durchsetzung von Ansprüchen zu ermöglichen.²⁵⁴

Angesichts der zeitlichen Dauer von Hauptsacheverfahren verblieben der Praxis zwei Möglichkeiten, um eine rechtzeitige Durchsetzung (und nicht eine bloße Sicherung) von Unterlassungsansprüchen zu gewährleisten und damit den verfassungsrechtlich gebotenen Primärrechtsschutz²⁵⁵ zu verwirklichen. Einerseits die Schaffung eines beschleunigten Eil-Hauptsacheverfahrens für lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten, das einerseits besonders zügig betrieben wird, andererseits aber inhaltlich die Verfahrensmaximen für Hauptsacheverfahren²⁵⁶ möglichst weitgehend verwirklicht und damit bspw. beide Parteien zwingend beteiligt, ihnen rechtliches Gehör gewährt, ihnen auferlegt, den Vollbeweis für die von ihnen zu belegenden Tatsachen zu erbringen, unsichere Beweismittel nicht zulässt und die Parteien im Allgemeinen möglichst gleich behandelt.²⁵⁷ Dies hätte durch eine Modifizierung der zivilprozessualen Vorgaben für Hauptsacheverfahren in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten erfolgen können. Nachteilig an dieser Variante wäre, dass die Beteiligung des Gegners zwingend mit einer längeren Verfahrensdauer verbunden ist als bei einem Beschlussverfahren. Vorteilhaft wäre hingegen, dass die Durchsetzung eines Anspruchs nur in einem Verfahren erfolgt, das die gleichberechtigte Berücksichtigung der Interessen beider Streitparteien gewährleistet²⁵⁸. Zudem würde durch diese Lösung die Möglichkeit ausgeschlossen, dass ein weiteres Hauptsacheverfahren zur endgültigen Klärung der Rechtsstreitigkeit nachfolgt und damit eine prozessunökonomische Verdoppelung der durchzuführenden Verfahren eintritt, wobei dies in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten regelmäßig ohnehin nicht erfolgt²⁵⁹. Dieser Weg wurde nicht eingeschlagen. Die prozessualen Vorgaben für lauterkeitsrechtliche Hauptsacheverfahren unterscheiden sich,

²⁵³ Vgl. v. Falckenstein, WRP 1978, 502, 505; Büscher/Dittmer/Schiwy, Vor § 12 UWG, Rn. 5; vgl. auch Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 23.

²⁵⁴ Siehe die Ausführungen unter C.) I.) 1.), S. 117 ff.

²⁵⁵ Siehe diesbezüglich auch Abschnitt D.) VI.) 2.) b.), S. 261 ff.

²⁵⁶ Siehe Prütting/Gehrlein, Einleitung, Rn. 23 ff. und 35 ff.

²⁵⁷ Vgl. diesbezüglich auch die Erwägung in BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213, 214.

²⁵⁸ Zur verfassungsrechtlichen Dimension der sich gegenüberstehenden Interessen siehe die Ausführungen unter D.) VI.) 2.) a.), S. 254 ff.

²⁵⁹ Siehe die Ausführungen unter A.) V.) 4.), S. 38 ff.

trotz der Schnellebigkeit des Lauterkeitsrechts, kaum von den allgemeinen zivilprozessualen Vorgaben für das Klageverfahren. Stattdessen wird dem Anspruch des Anspruchstellers auf effektiven Rechtsschutz durch ein besonders weitreichendes Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Rechnung getragen. Ein Anspruchsteller eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs kann vollumfänglichen Primärrechtsschutz durch eine Befriedigungsverfügung erlangen. Die Durchsetzbarkeit des Anspruchs im Wege der e.V. gewährleistet rechtzeitigen und effektiven Rechtsschutz.

Gesetzgeber, Rechtsprechung und anwaltliche Praxis haben diesem Bedürfnis durch diverse weitere Maßnahmen Rechnung getragen. Erheblichen Einfluss hat die tendenziell großzügige Bejahung des Erfordernisses eines dringenden Falls i.S.v. § 937 Abs. 2 ZPO für eine Eilentscheidung im Beschlussweg durch die Rechtsprechung²⁶⁰. Die Stellung der Anspruchsteller wurde zudem durch die gesetzliche Privilegierung des § 12 Abs. 2 UWG verbessert, die für lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten die pauschale Vermutung²⁶¹ aufstellt, dass die Voraussetzung des Verfügungsgrundes erfüllt ist. Durch die Anwaltschaft wurden die Rechtsinstitute des Abschlussverfahrens²⁶² und der Schutzschrift²⁶³ kreiert, die, an obige Maßnahmen anknüpfend, dem besonderen Charakter des Lauterkeitsrechts Rechnung tragen. Das Abschlussverfahren berücksichtigt die Tatsache, dass die Unterlassungsverfügung das bevorzugte Instrument des Primärrechtsschutzes im Lauterkeitsrecht darstellt, dieses jedoch nach dem gesetzlichen Leitbild nicht dazu bestimmt ist und grundsätzlich auch nicht geeignet ist, eine endgültige Beilegung von Unterlassungsstreitigkeiten zu bewirken.

Das Instrument der Schutzschrift soll dem Antragsgegner insofern eine Annäherung an die Verfahrensvorgaben für Hauptsacheverfahren ermöglichen, als der (potentielle) Antragsgegner durch dieses Schreiben an das Gericht erreicht, dass das Gericht seine Ausführungen auch dann zur Kenntnis zu nehmen hat, wenn es beabsichtigt, über ein Verfügungsgesuch ohne mündliche Verhandlung im Beschlussweg zu entscheiden. Damit erreicht ein potentieller Antragsgegner zwar keine mündliche Verhandlung, aber zumindest die Möglichkeit, sich zu dem von der Gegenseite zu erwartenden Sachvortrag äußern zu können. Dieses Instrument der Verteidigung gegen Verfügungsgesuche stellt somit eine Reaktion auf die einseitige Berücksichtigung des Eilbedürfnisses des Antragstellers dar. Damit trägt es dem Umstand Rechnung, dass durch o.g. Maßnahmen zur Gewährleistung

²⁶⁰ Siehe hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) ee.), S. 85 ff.

²⁶¹ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 54, Rn. 20.

²⁶² Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

²⁶³ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 5.), S. 41 ff.

von Eilrechtsschutz durch summarische Verfahren ein Bedürfnis des Antragsgegners zur Eilverteidigung entsteht. Für diesen besteht ebenfalls die Gefahr, dass vollendete Zustände zu seinen Lasten geschaffen werden.²⁶⁴ Geschäftliche Handlungen sind oftmals auf einen bestimmten Zeitpunkt ausgerichtet oder sollen Aufwendungen (bspw. für die Entwicklung eines Produkts) binnen eines bestimmten Zeitraums amortisieren. Werden die geschäftlichen Handlungen für diesen Zeitraum durch eine unberechtigte Unterlassungsverfügung untersagt, ist es möglich, dass ein Nachholen der untersagten Maßnahme dem Anspruchsgegner keinen Ausgleich verschafft. Für diesen kann sich eine bestimmte Maßnahme durch eine vorübergehende gerichtliche Unterlassungsanordnung erledigen.

Die Schnelllebigkeit des Rechtsgebiets spiegelt sich auch in der besonders kurzen Verjährungsfrist des § 11 UWG von sechs Monaten wider. Hierdurch soll das Vertrauen eines geschäftlich Handelnden geschützt werden, dass er wegen derart schnelllebiger Maßnahmen nach einem längeren Zeitraum nicht mehr in Anspruch genommen wird.

10.) Weitreichende Aktivlegitimation für Unterlassungsansprüche

Das deutsche Lauterkeitsrecht wird primär zivilrechtlich durchgesetzt.²⁶⁵ Eine Wettbewerbsbehörde, die allgemein zur Verfolgung lauterkeitsrechtlicher Verstöße berufen wäre, existiert in Deutschland nicht.

Der Kreis der Aktivlegitimierten für den vorliegend maßgeblichen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch wird durch § 8 Abs. 3 UWG weit gefasst. Neben den Mitbewerbern des Handelnden (§§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) sind nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG mehrere weitere Institutionen anspruchsberechtigt. Dem einzelnen Verbraucher, dessen Schutz das UWG gemäß § 1 UWG ebenfalls gewährleisten soll, steht eine individuelle Klagebefugnis hingegen nicht zu.²⁶⁶

²⁶⁴ Hilgard, S. 9; Schuschke/Walker, Vor § 916-945, Rn. 32; ders., Rn. 70, 142 und 257; Vogg, NJW 1993, 1357, 1364; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 76, Rn. 27; Baur, BB 1964, 607, 610; Grunsky, Jus 1976, 277, 284; BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213.

²⁶⁵ Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 3.1; Piper/Ohly/Sosnitza, § 8, Rn. 85; Bergmann in Harte/Henning, Vorb. zu § 8, Rn. 1; Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Stand: 22.08.2003), BT-Drs. 15/1487, S. 22.

²⁶⁶ Bergmann in Harte/Henning, § 8, Rn. 60; Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Stand: 22.08.2003), BT-Drs. 15/1487, S. 22; Ahrens/Jestaedt, Kap. 18, Rn. 32 f.

Schadensersatzansprüche können nur von Mitbewerbern (§ 9 S. 1 UWG), Ansprüche auf Gewinnabschöpfung nur von den weiteren in § 8 Abs. 3 UWG genannten Institutionen geltend gemacht werden (§ 10 Abs. 1 UWG).

B.) Ausgangslage lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten

I.) Erläuterung der Grundkonstellation

Lauterkeitsrechtliche Auseinandersetzungen befassen sich mit geschäftlichen Verhaltensweisen zugunsten von Unternehmen vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, die mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Erachtet eine Partei eine geschäftliche Handlung für unlauter, so stellen sich für sie die Fragen, ob sie das Verhalten beanstandet, auf welchem Weg sie dies tut und welche Ansprüche sie aufgrund des Verhaltens geltend macht. Für den Anspruchsgegner stellen sich die korrespondierenden Fragen, ob und wie er auf das Verhalten des Anspruchstellers reagiert und wie er sich gegen für unberechtigt erachtete Anspruchsbegehren bestmöglich verteidigt. Das prozessuale Verhalten der Parteien in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten ist in besonderem Maße von prozesstaktischen Erwägungen geprägt.²⁶⁷

1.) Geschäftliche Handlung der Gegenpartei und Reaktion des Anspruchstellers

Das primäre Begehren eines Anspruchstellers besteht regelmäßig darin, dass er die Unterlassung der geschäftlichen Handlung begehrt.²⁶⁸ Der Unterlassungsanspruch soll die zukünftige Beeinträchtigung des lauten Wettbewerbs verhindern und im Fall einer bereits erfolgten Verletzung zusätzlich eine Vertiefung der verursachten Wettbewerbsbeeinträchtigung verhindern.²⁶⁹ Neben dem Unterlassungsanspruch stehen Aktivlegitimierten ggf. Ansprüche auf Beseitigung (§ 8 Abs. 1 Var. 1 UWG), eventuell in der Sonderform des Widerrufs²⁷⁰, Schadensersatz (§ 9 UWG)²⁷¹ oder Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG) sowie unselbständige Ansprüche auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung zu. Im Gegensatz

²⁶⁷ Vgl. *Klaka*, GRUR 1979, 593, 601; *Klute*, GRUR 2003, 34 ff., zur Möglichkeit der Zurückweisung aus prozesstaktischen Gründen spät vorgebrachten Sachvortrags; *Borck*, WRP 1980, 375, 376 ff.

²⁶⁸ *Mantzourani-Tschaschnig*, S. 142; *Ahrens/Jestaedt*, Kap. 43, Rn. 1; *Teplitzky*, Kap. 2, Rn. 14.

²⁶⁹ So beim Verletzungsunterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 S. 1 Var. 2 UWG), bei dem bereits eine vorherige Verletzungshandlung erfolgt ist. Für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 S. 2 UWG) ist hingegen lediglich erforderlich, dass ein lauterkeitsrechtlicher Verstoß droht.

²⁷⁰ Vgl. hierzu FA-GewRS/*Schmittmann*, Kap. 6, Rn. 974 ff.

²⁷¹ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 7.), S. 51 ff.

zu dem im Lauterkeitsrecht besonders wichtigen Unterlassungsanspruch²⁷² sind diese Ansprüche größtenteils nicht im Wege der e.V. durchsetzbar.²⁷³

2.) Reaktionsmöglichkeiten des Anspruchstellers

Ein Anspruchsteller hat verschiedene Möglichkeiten, um sein Unterlassungsbegehren gegenüber dem Anspruchsgegner geltend zu machen.²⁷⁴

a.) Abmahnung (§ 12 Abs. 1 UWG)²⁷⁵

In der Regel spricht ein Anspruchsteller vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zur Durchsetzung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs, im Hinblick auf § 93 ZPO, eine Abmahnung aus.²⁷⁶

Die Abmahnung kann den Parteien den Weg zu einer gütlichen, außergerichtlichen Beilegung der Streitigkeit im Wege der Unterwerfung ebnen. Ist der Anspruchsgegner nicht bereit, sich zu unterwerfen und führt seine Reaktion auf die Abmahnung auch nicht zu einer Abkehr des Anspruchstellers von seinem Begehren, hat die Abmahnung im konkreten Fall aber keinen Nutzen. Sie begründet keinen Vollstreckungstitel und ist daher nicht zur zwangsweisen Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs geeignet. Auch im Übrigen entfaltet sie keine Wirkungen, die einen entgegenstehenden Willen des Anspruchsgegners überwinden könnten.

Durch das Erfordernis, dem Anspruchsgegner eine angemessene Frist zur Abgabe der Unterlassungserklärung einzuräumen, obliegt es dem Anspruchsteller im Fall der Berechtigung seiner Abmahnung, die weitere Beeinträchtigung seiner Interessen zumindest vorübergehend weiter hinzunehmen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die gesetzte Frist umso kürzer sein darf, je gravierender die Interessen des Anspruchstellers beeinträchtigt werden und sich im Einzelfall auf wenige Stunden reduzieren, andererseits aber beispielsweise auch Zeiträume von zehn Tagen erfassen kann.²⁷⁷

²⁷² Siehe zur Bedeutung des Anspruchs die Nachweise unter Fn. 9.

²⁷³ Vgl. Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 3.9 ff.; Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 18; Hasselblatt/Lensing-Kramer, § 5, Rn. 83.

²⁷⁴ Vgl. Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 1.4.

²⁷⁵ Siehe hierzu auch Abschnitt A.) V.) 3.), S. 34 ff.

²⁷⁶ Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 53; Lindacher in FS für v. Gamm, S. 83.

²⁷⁷ Siehe beispielhaft die Nachweise bei Ahrens/Deutsch, Kap. 1, Rn. 78 ff.

Im Ergebnis vermeidet das Rechtsinstitut der Abmahnung tagtäglich gerichtliche Rechtsstreitigkeiten und entlastet die Justiz in erheblichem Ausmaß.²⁷⁸ Für einen Anspruchsteller ist eine Abmahnung aber nur von Nutzen, wenn der Abgemahnte der Aufforderung zur Unterwerfung nachkommt. Für einen Anspruchsgegner hat eine Abmahnung den Vorteil, dass die höheren Kosten eines gerichtlichen Verfahrens vermieden werden können und die Wiederholungsgefahr schnell und kostengünstig durch die Abgabe einer ernsthaften, strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden kann.

Allerdings birgt das Rechtsinstitut auch Gefahren. Abmahnungen können einfach und kostengünstig ausgesprochen werden und weisen ein erhebliches Drohpotential auf. Die geltend gemachten Forderungen wurden nicht von einer unabhängigen Instanz überprüft. Zudem ist die Berechtigung einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung, aufgrund der Komplexität der Materie in rechtlicher Hinsicht²⁷⁹, insbesondere für kleine und mittelgroße Unternehmen, die nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfügen, ohne externe Rechtsberatung regelmäßig nicht einschätzbar. Diese Faktoren in Verbindung mit der weiten Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG haben dazu geführt, dass der Begriff der Abmahnung heute negativ behaftet ist. Begriffe wie „Abmahnvereine“, „Abmahnwellen“ und „Abmahnanwälte“ spiegeln die Missbrauchsanfälligkeit des Rechtsinstituts wider.²⁸⁰ Selbiges gilt für die Regelung des § 8 Abs. 4 UWG.

b.) Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung

Der Antrag auf Erlass einer e.V. (Verfügungsgesuch) stellt für den Anspruchsteller die effektivste Möglichkeit dar, um schnellstmöglich zu einem Unterlassungstitel zu kommen. Der Antragsteller eines Verfügungsverfahrens wird generell und insbesondere in der lauterkeitsrechtlichen Praxis in diverser Hinsicht gegenüber dem Kläger eines Hauptsacheverfahrens privilegiert.²⁸¹ Korrespondierend zu dieser Privilegierung ist die prozessuale Stellung des Antragsgegners gegenüber derjenigen eines Beklagten geschwächt.

Aufgrund der Eigenschaft der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügung als Befriedigungsverfügung ist mit beiden Instrumenten einstweilig das gleiche Ergebnis, im

²⁷⁸ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 112.

²⁷⁹ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.), S. 28.

²⁸⁰ Siehe hierzu auch *Schmid*, S. 4, dessen Ausführungen sich zwar primär auf die Rechtslage vor der Einschränkung der Aktivlegitimation und des Gerichtsstands des Begehungsorts durch das Änderungsgesetz vom 25.07.1994 (BGBl. I S. 1738) beziehen, die Grundproblematik bleibt hiervon aber unberührt.

²⁸¹ Vgl. die Ausführungen unter B.) II.), S. 79 ff.

Sinne des identischen gerichtlichen Entscheidungsausspruchs mit gleicher Vollstreckungsmöglichkeit, zu erreichen.²⁸² Einem Anspruchsteller stehen grundsätzlich beide Wege offen, um zu einem Unterlassungstitel zu gelangen. Er hat vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens die Wahl zwischen einer Unterlassungsklage und einem Unterlassungsverfügungsgesuch.²⁸³ Verfügungsverfahren können lediglich dann nicht mit Aussicht auf Erfolg durchführbar sein, wenn beispielsweise die (präsenten) Mittel der Glaubhaftmachung nicht ausreichen oder wenn prozessuale Vorbereitungen nicht mit der notwendigen Eile getroffen werden können.²⁸⁴ Im Gegenzug können Ansprüche nur per Unterlassungsverfügungsgesuch, nicht aber im Wege der Unterlassungsklage durchgesetzt werden, wenn beispielsweise der entscheidende Sachverhalt zwar im einseitigen Beschlussverfahren glaubhaft gemacht, in einem Hauptsacheverfahren aber nicht bewiesen werden kann. Ein Vorrangverhältnis zwischen Klageverfahren und Verfügungsverfahren tritt nur nach rechtskräftiger Beendigung des Hauptsacheverfahrens ein.²⁸⁵ Ab diesem Zeitpunkt ist weder eine Durchsetzung noch eine Sicherung des bereits rechtskräftig titulierten Anspruchs möglich.²⁸⁶ Die abschließende Beendigung eines Verfügungsverfahrens hindert einen Antragsteller hingegen nicht an der zusätzlichen Einleitung eines Klageverfahrens wegen derselben Streitigkeit.²⁸⁷ Lediglich im Hinblick auf § 93 ZPO besteht eine Obliegenheit des Antragstellers, dem Gegner zuvor - durch eine Abschlusserklärung²⁸⁸ - die Möglichkeit einzuräumen, die gerichtliche Eilentscheidung als endgültig verbindlich anzuerkennen.²⁸⁹

Diese Unterschiede bringen den materiell-rechtlichen Geltungsvorrang und die dienende Hilfsfunktion von e.V.'en²⁹⁰ deutlich zum Ausdruck. Wenn kein Bedürfnis für die Überbrückung des Zeitraums bis zum Erlass einer vollstreckbaren Entscheidung mehr besteht, weil diese bereits vorliegt, ist eine e.V. als Instrument der Überbrückung²⁹¹ auch nicht anzuerkennen.

²⁸² *Teplitzky*, Kap. 36, Rn. 1; *Ahrens*, WRP 1997, 907; BGH, Urteil vom 02.03.1973, I ZR 5/72, GRUR 1973, 384 – *Goldene Armbänder*.

²⁸³ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 53, Rn. 1. Auch ein paralleles Vorgehen ist möglich, *Ahrens/Ahrens*, Kap. 48, Rn. 6.

²⁸⁴ Siehe *Hasselblatt/Lensing-Kraner*, § 5, Rn. 84, mit weiteren Fallgruppen.

²⁸⁵ Vgl. *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmaier*, Abschnitt A, Rn. 3.

²⁸⁶ *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, § 935, Rn. 26.

²⁸⁷ *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmaier*, Abschnitt A, Rn. 3 und 9; BGH, Urteil vom 02.03.1973, I ZR 5/72, GRUR 1973, 384 – *Goldene Armbänder*.

²⁸⁸ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

²⁸⁹ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

²⁹⁰ Siehe diesbezüglich auch die Nachweise unter Fn. 547.

²⁹¹ Siehe Abschnitt C.) I.) 1.), S. 117 ff.

Die bei der Verfahrensinitiierung bestehende Wahlmöglichkeit²⁹² des Anspruchstellers ist eine zivilrechtliche Ausnahme. Zwar ist das Rechtsinstitut der Befriedigungsverfügung grundsätzlich anerkannt, die Durchsetzung von Ansprüchen im Wege der Befriedigungsverfügung ist aber nur teilweise möglich²⁹³. Eine weitere Eigenheit lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten stellt es dar, dass Unterlassungsverfügungen oftmals zu einer endgültigen Streitbeilegung führen.²⁹⁴

Begründet wird die Privilegierung des Antragstellers im einstweiligen Rechtsschutz²⁹⁵ mit der verfassungsrechtlich gebotenen Effektivität einstweiligen Rechtsschutzes.²⁹⁶

Nachteilig an der Vorgehensweise im Wege der e.V. ist, dass diese nicht zu einer endgültigen Beilegung der Streitigkeit entgegen dem Willen des Anspruchsgegners führen kann. Dies ist auf der Grundlage der ergangenen e.V. nur durch das Abschlussverfahren und somit durch ein Einlenken des Anspruchsgegners möglich. Ist dieser nicht bereit, die Eilentscheidung zu akzeptieren und geht er gegen diese vor, hat der Anspruchsteller zusätzlich ein Hauptsacheverfahren durchzuführen – eine Verfahrensverdopplung ist die Folge. Einen weiteren erheblichen Nachteil kann der Haftungstatbestand des § 945 ZPO bilden, nach dem der Inhaber einer e.V. den aus der Vollziehung entstandenen Schaden verschuldensunabhängig zu ersetzen hat, sofern sich deren Erlass im Nachhinein als ungerechtfertigt herausstellt. Abgemildert wird dieser Nachteil wiederum durch die Problematik der Schadensbeizifferung in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten.²⁹⁷

c.) Unterlassungsklage

Klagen sind das zivilprozessual primär vorgesehene Instrument zur Durchsetzung von Rechten.²⁹⁸ Ihr wichtigster Vorteil besteht darin, dass Hauptsacheurteile in materielle Rechtskraft erwachsen können und damit als zwischen den beteiligten Parteien endgültig

²⁹² Ahrens/Ahrens, Kap. 14, Rn. 13.

²⁹³ Einen Ausnahmefall in die entgegengesetzte Richtung bildet der in den Pressegesetzen vieler Bundesländer vorgesehene Ausschluss des Hauptsacheverfahrens für die Durchsetzung des presserechtlichen Gegendarstellungsanspruchs, vgl. bspw. § 11 Abs. 4 S. 5 LPresseG BW. Durch diese Regelungen wird den Anspruchstellern die Durchsetzung im modifizierten (vgl. § 11 Abs. 4 S. 4 LPresseG BW) Verfügungsverfahren zwingend vorgeschrieben. Siehe hierzu auch Walker, Rn. 30.

²⁹⁴ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 137.

²⁹⁵ Hierzu eingehend unter B.) II.), S. 79 ff.

²⁹⁶ Siehe Abschnitt D.) VI.) 2.) b.), S. 261 ff.

²⁹⁷ Mantzourani-Tschaschnig, S. 143.

²⁹⁸ Büscher/Dittmer/Schiwy, Vor § 12 UWG, Rn. 4.

verbindliche Entscheidung wirken können. Materiell rechtskräftige Urteile sind nur noch ausnahmsweise und in sehr engen Grenzen angreif- und aufhebbar²⁹⁹ und bieten daher die höchstmögliche Gewähr, dass die gefundene Entscheidung endgültig Bestand haben wird.

Nur das Hauptsacheverfahren ist mit prozessualen Verfahrensgarantien ausgestattet, welche die gleichmäßige Berücksichtigung aller relevanten Faktoren vor dem Erlass einer Entscheidung gewährleisten. Dies führt zu einer hohen Richtigkeitsgewähr von Hauptsacheurteilen. Allerdings handelt es sich bei einem Hauptsacheverfahren auch um die kosten- und zeitaufwändigste Art und Weise einen Rechtsstreit auszutragen. Ein erstinstanzliches Urteil ergeht regelmäßig erst nach mehreren Monaten.³⁰⁰ Sofern sich dem erstinstanzlichen Urteil Rechtsmittelverfahren anschließen, vergehen regelmäßig mehrere Jahre. War der Anspruchsteller erst- und/oder zweitinstanzlich erfolgreich, besteht nach § 704 ZPO die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckung aus dem Urteil (sofern die Vollstreckung nicht zum Schutz des unterlegenen Beklagten eingestellt wurde), hierbei riskiert der Vollstreckende im Gegenzug die verschuldensunabhängige Haftung nach § 717 Abs. 2 ZPO.

Nur bei einem geringen Anteil lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten wird die streitgegenständliche geschäftliche Handlung nach Monaten oder Jahren noch aktuell und Primärrechtsschutz (das heißt Rechtsschutz gegen die beanstandete Maßnahme an sich) damit noch zielführend sein. Das Klageverfahren ist daher oftmals nicht geeignet, den Betroffenen zu rechtzeitigem Primärrechtsschutz zu verhelfen.³⁰¹

Ein Vorteil des Klageverfahrens besteht in der Möglichkeit, mehrere Begehren³⁰², unter den Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung (§ 260 ZPO), in einem Rechtsstreit geltend machen zu können. Mit einem lauterkeitsrechtlichen Verfügungsgesuch können dagegen grundsätzlich nur mehrere Unterlassungsbegehren gleichzeitig geltend gemacht werden. Zur Durchsetzung anderer Ansprüche ist neben einem Verfügungsgesuch eine Klage erforderlich.

²⁹⁹ Siehe *Musielak*, § 322, Rn. 88 ff.

³⁰⁰ Siehe die Nachweise unter Fn. 26.

³⁰¹ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 27.

³⁰² Vgl. zu den verschiedenen möglichen Anspruchsbegehren die Ausführungen unter B.) I.) 1.), S. 63 f.

d.) Berühmung

Durch eine Berühmung geht eine Partei nicht gegen einen geschäftlich Handelnden vor. Berühmt sich eine Person eines Anspruchs, so nimmt sie für sich das Recht in Anspruch, zu einer bestimmten Handlung berechtigt zu sein.³⁰³ Dies kann gegenüber dem geschäftlich Handelnden oder einem Dritten zum Ausdruck gebracht werden. Im Vergleich zu einer Abmahnung wird durch die Berühmung zwar geltend gemacht, dass eine eigene Rechtsberechtigung besteht, der Gegner aber nicht dazu aufgefordert, Handlungen zu unterlassen. Durch eine Abmahnung berühmt sich ein Anspruchsteller zugleich der darin geltend gemachten Ansprüche.³⁰⁴

In lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten wäre eine Berühmung beispielsweise in der Behauptung eines Unternehmers gegenüber einem Dritten zu sehen, er könne einem Konkurrenten gerichtlich untersagen lassen, aktuelle Werbeaktionen weiterhin durchzuführen.

Die Berühmung ist in vorliegendem Zusammenhang in zweifacher Hinsicht relevant. Einerseits begründet die Berühmung, eine Handlung vornehmen zu dürfen, die als unlautere geschäftliche Handlung zu qualifizieren ist, die Erstbegehungsfahr für einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 S. 2 UWG).³⁰⁵ Andererseits begründet die Berühmung einer Partei mit Ansprüchen das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) für eine neg. FK der Gegenpartei mit dem Ziel festzustellen, dass die geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen³⁰⁶.

e.) Bewertung der Reaktionsmöglichkeiten

Weder Berühmung noch Abmahnung führen zu einem Titel und sind damit geeignet, dem Anspruchsteller die (zwangsweise) Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs zu ermöglichen. Gegen einen renitenten Anspruchsgegner muss ein Anspruchsteller daher im Wege der Klage oder des Verfügungsgesuchs vorgehen. Auf beiden Wegen kann der

³⁰³ BGH, Urteil vom 09.10.1986, I ZR 158/84, GRUR 1987, 125, 126 – *Berühmung*; Urteil vom 31.05.2001, I ZR 106/99, GRUR 2001, 1174, 1175 – *Berühmungsaufgabe*; Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 8, Rn. 29.

³⁰⁴ BGH, Urteil vom 12.07.1995, I ZR 85/93, GRUR 1995, 697, 699 – *FUNNY PAPER*; *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 68, m.w.N.; *Keller*, WRP 2000, 908, 909 und 910; *Schuschke/Walker/Kessen*, Anhang zu § 935, Rn. 40; *Nirk/Kurtze*, Rn. 146.

³⁰⁵ Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 8, Rn. 29; BGH, Urteil vom 26.01.2006, I ZR 121/03, GRUR 2006, 429, 431, Tz. 18 – *Schlank-Kapseln*.

³⁰⁶ BGH, Urteil vom 12.07.1995, I ZR 85/93, GRUR 1995, 697, 699 – *FUNNY PAPER*; *Nirk/Kurtze*, Rn. 146; *Ahrens/Loewenheim*, Kap. 71, Rn. 10; *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 68, m.w.N.

Anspruchsteller einen Unterlassungstitel erwirken. Aufgrund der Privilegien des Verfügungsverfahrens, der Dauer des Hauptsacheverfahrens, der besonderen Dringlichkeit und der Schnelligkeit des Lauterkeitsrechts werden Unterlassungsansprüche vornehmlich im Wege der Unterlassungsverfügung durchgesetzt. Die in Unterlassungstiteln angedrohten Sanktionen nach § 890 Abs. 2 ZPO sind typischerweise geeignet, den Unterlassungsverpflichteten von Zuwiderhandlungen abzuhalten. Insbesondere birgt die drohende Ordnungshaft, die bei Gesellschaften an deren Organen zu vollziehen ist³⁰⁷, ein erhebliches Abschreckungspotential.

3.) Konsequenzen unberechtigten Vorgehens und das verfahrensrechtliche Privileg

Nachfolgend wird untersucht, welche Konsequenzen ein unberechtigtes Vorgehen eines Anspruchstellers im Lauterkeitsrecht auf den einzelnen, o. g., Wegen hat. Insbesondere wird geprüft, ob der Anspruchsgegner ein unberechtigtes Vorgehen gegen sich verhindern kann oder zumindest eine Kompensation für erlittene Beeinträchtigungen beanspruchen kann.

a.) Konsequenzen unberechtigter Abmahnungen

Der Hauptanwendungsbereich von Abmahnungen liegt im Lauterkeitsrecht und den Sonderschutzrechten.³⁰⁸ Bei den Letztgenannten wird das Rechtsinstitut auch als sog. Schutzrechtsverwarnung bezeichnet. Unberechtigte (lauterkeitsrechtliche) Abmahnungen begründen grundsätzlich keine Unterlassungs-, Schadensersatz- oder Kostenerstattungsansprüche des zu Unrecht Abgemahnten.³⁰⁹ Obwohl unberechtigte Abmahnungen die

³⁰⁷ Ahrens/Ahrens, Kap. 68, Rn. 9.

³⁰⁸ Die Abmahnung im o.g. Sinn darf nicht mit der Abmahnung wegen Pflichtverletzungen i.R.v. Dauerschuldverhältnissen (§ 314 Abs. 2 BGB) verwechselt werden. Beide Rechtsinstitute zielen auf eine Verhaltensänderung des Abgemahnten ab. Die Abmahnung im o.g. Sinne dient der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen und hat damit ausschließlich negatorischen Rechtsschutz zum Gegenstand. Während sie auf einen Vertragsabschluss (vertragsstrafenbewehrte Unterlassungsverpflichtung) abzielt, dient die Abmahnung bei Dauerschuldverhältnissen insbesondere der Herbeiführung der Voraussetzungen einer Kündigungsmöglichkeit.

³⁰⁹ BGH, Urteil vom 22.07.2010, I ZR 139/08, GRUR 2011, 152, 157, Rn. 63 – *Kinderhochstühle im Internet*; Beschluss vom 20.01.2011, I ZR 31/10, GRUR-RR 2011, 343 – *Unberechtigte Abmahnung*, vollständig abgedruckt unter BeckRS 2011, 03867; Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 1.72; Schuschke/Walker/Kessen, Anhang zu § 935, A. Die Abmahnung, Rn. 42; Lindacher in FS für v. Gamm, S. 83, 84 ff., der sich jedoch für eine Ausnahme bei sog. ungerechtfertigten Drittabmahnungen, bei denen an der Wettbewerbshandlung Beteiligte von einem Konkurrenten abgemahnt werden, ausspricht. Diese, den ungerechtfertigten Abnehmerverwarnungen ähnelnden, Abmahnungen sollen als Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) bzw. als unlautere Behinderung zu qualifizieren sein.

Geschäftstätigkeit des Abgemahnten behindern³¹⁰, kommt eine Haftung des unberechtigt Abmahnenden nur bei vorsätzlich unberechtigter Abmahnung oder bei Hinzutreten sonstiger unlauterer Gesichtspunkte in Betracht³¹¹. Nach der Rechtsprechung des BGH steht etwaigen Ansprüchen das sog. verfahrensrechtliche Privileg³¹² entgegen. Hierzu führt der Große Senat für Zivilsachen in der Grundsatzentscheidung *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*³¹³ aus:

„Zutreffend ist, daß bei subjektiver Redlichkeit nicht rechtswidrig in ein geschütztes Rechtsgut seines Verfahrensgegners eingreift, wer ein staatliches, gesetzlich eingerichtetes und geregeltes Verfahren einleitet oder betreibt, auch wenn sein Begehren sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem anderen Teil aus dem Verfahren über dieses hinaus Nachteile erwachsen. Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren betreibende Schutzrechtsinhaber wie jeder andere Kläger oder Antragsteller außerhalb der schon im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht nach dem Recht der unerlaubten Handlung, da der Schutz des Prozeßgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Wo dies allerdings nicht der Fall ist, muß es beim uneingeschränkten Rechtsgüterschutz verbleiben, den § 823 Abs. 1 und § 826 BGB gewähren (vgl. BGH, Urt. v. 18.10.1994 - VI ZR 74/94, NJW 1995, 397; s.a. BGHZ 74, 9, 16; BGHZ 118, 201, 206; BGHZ 154, 269, 271 f.; BGH, Urt. v. 11.11.2003 – VI ZR 371/02, NJW 2004, 446, 447)“.

Für unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen erkennt der BGH eine Ausnahme von dem dargelegten Grundsatz und damit eine Haftung auch für fahrlässig unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³¹⁴ an. Er geht dementsprechend nicht davon aus, dass der Schutz des Gegners durch das gesetzlich eingerichtete Verfahren gewährleistet wird.

Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die lauterkeitsrechtliche Abmahnung lehnen höchstrichterliche Rechtsprechung und die herrschende Ansicht in der Literatur indes ausdrücklich ab.³¹⁵ Hier gilt das sog. verfahrensrechtliche Privileg uneingeschränkt. Es soll

³¹⁰ Vgl. *Omsels* in Harte/Henning, § 4, Rn. 172.

³¹¹ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 76; *Schuschke/Walker/Kessen*, Anhang zu § 935, A. Die Abmahnung, Rn. 42; *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Vor § 12 UWG, Rn. 9.

³¹² Siehe zur Terminologie *Köhler/Bornkamm*, § 4, Rn. 10.166; teilweise ist auch von einem prozessualen Privileg die Rede (BGH, Urteil vom 19.01.2006, I ZR 98/02, GRUR 2006, 433 - *Unbegründete Abnehmerverwarnung*), im Hinblick auf das Abmahnverfahren und sonstige gesetzlich vorgesehene Verfahren sollte dieser Begriff aber allenfalls im Anwendungsbereich der Sonderschutzrechte benutzt werden, wo das Privileg nach den o.g. Grundsätzen auf die gerichtliche Rechtsdurchsetzung beschränkt ist.

³¹³ BGHZ 164, 1, 6 – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

³¹⁴ Siehe diesbezüglich auch die Nachweise unter Fn. 801.

³¹⁵ BGH, Urteil vom 22.07.2010, I ZR 139/08, GRUR 2011, 152, 157, Rn. 63 - *Kinderhochstühle im Internet*; bestätigt durch Beschluss vom 20.01.2011, I ZR 31/10, GRUR-RR 2011, 343 -

insbesondere gewährleisten, dass die Inanspruchnahme gesetzlich vorgesehener Rechtsschutzverfahren, auf die Privatpersonen aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols zwingend angewiesen sind, keine Haftungsrisiken begründen, die potentiell Anspruchsberechtigte von der Geltendmachung der Ansprüche abhalten könnten. Dem Institut des verfahrensrechtlichen Privilegs liegt die Prämisse zugrunde, dass gesetzlich geregelte Rechtsschutzverfahren die Interessen der Betroffenen hinreichend berücksichtigen und sie vor einer unberechtigten Inanspruchnahme schützen³¹⁶. In Bezug auf das Lauterkeitsrecht sei zudem zu berücksichtigen, dass die Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Verhaltenspflichten ausschließlich privatrechtlich erfolgt³¹⁷ und daher zu befürchten sei, dass das System der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gefährdet werde, wenn der Abmahnende das Risiko einer fahrlässig falschen Beurteilung der Rechtslage zu tragen habe.³¹⁸ Lauterkeitsrechtliche Ansprüche aufgrund einer unberechtigten Abmahnung werden unter die Bedingung gestellt, dass der Abmahnende positive Kenntnis von der mangelnden Berechtigung hat oder sich dieser Kenntnis bewusst verschließt.³¹⁹ Den Nachweis, dass eine Abmahnung ausgesprochen wurde, obwohl der Abmahnende positive Kenntnis vom Nichtbestehen des geltend gemachten Anspruchs hatte bzw. sich dieser Kenntnis zumindest bewusst verschlossen hat, wird ein Abgemahnter kaum jemals führen können. Unterlassungsansprüche gegen oder Schadensersatzansprüche aufgrund von unberechtigten Abmahnungen wird ein Abgemahnter somit nur in den seltensten Fällen geltend machen können.

Während eine Abmahnung, selbst wenn sie unberechtigt ist, keine Gegenansprüche zur Folge hat, kann eine Schutzrechtsverwarnung, selbst wenn tatsächlich ein Unterlassungsanspruch des Abmahnenden besteht, aufgrund der Nichteinhaltung formaler oder inhaltlicher Voraussetzungen Gegenansprüche auslösen³²⁰.

Unberechtigte Abmahnung, vollständig abgedruckt unter BeckRS 2011, 03867; vor der Grundsatzentscheidung des Großen Senats für Zivilsachen bereits Urteil vom 05.10.2000, I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 355 – *Verbandsklage gegen Vielfachabmahner*, m.w.N.; vgl. auch *Spindler*, GRUR 2011, 101, 106; *Omsels* in *Harte/Henning*, § 4, Rn. 174 ff.; *Köhler/Bornkamm*, § 4, Rn. 10.166 ff.; *Fezer/Büscher*, § 12, Rn. 52 ff.

³¹⁶ BGHZ 164, 1, 6 – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*; vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 4, Rn. 10.166.

³¹⁷ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 265.

³¹⁸ *Omsels* in *Harte/Henning*, § 4, Rn. 174.

³¹⁹ *Schuschke/Walker/Kessen*, Anhang zu § 935, A. Die Abmahnung, Rn. 42; vgl. auch LG Frankfurt a.M., Urteil vom 09.05.2007, 2/6 O 682/06, GRUR-RR 2007, 377, 378 – *BERODUAL® N*.

³²⁰ *Omsels* in *Harte/Henning*, § 4, Rn. 186.

Dementsprechend birgt eine Abmahnung ein wesentlich geringeres Gefahrenpotential für einen Abmahnenden als eine Schutzrechtsverwarnung. Das mangelnde Risiko für den Abmahnenden hat zur Folge, dass Abmahnungen tendenziell schneller ausgesprochen und weniger eingehend geprüft werden. Diese mangelnde Verantwortlichkeit des Abmahnenden trägt zur Missbrauchsanfälligkeit des Rechtsinstituts der Abmahnung bei.

b.) Konsequenzen unberechtigter Unterlassungsklagen

Das sog. verfahrensrechtliche Privileg gilt nicht nur für (vorprozessuale) Abmahnungen, sondern erst recht für sämtliche gerichtlichen Rechtsschutzverfahren. Für diese hat das Institut noch weiterreichende Auswirkungen. Während die Geltendmachung unberechtigter Abmahnungen oder Schutzrechtsverwarnungen unter engen Voraussetzungen durch Unterlassungsansprüche verhindert werden kann, ist dies bei gerichtlichen Rechtsschutzverfahren ausgeschlossen. Der Große Senat für Zivilsachen führt hierzu in der Grundsatzentscheidung *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*³²¹ aus:

„Allerdings geht der vorlegende I. Zivilsenat zu Recht davon aus, daß dem durch eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung Betroffenen nicht das Recht zuzubilligen ist, die gerichtliche Geltendmachung der vermeintlichen Ansprüche gegenüber seinen Abnehmern mit einem hiergegen gerichteten Unterlassungsanspruch zu verhindern. Denn die gerichtliche Prüfung eines auch nur vermeintlich bestehenden Anspruchs kann nicht unterbunden werden (s. nur BGH, Urt. v. 22.1.1998 - I ZR 177/95, GRUR 1998, 587, 589 = WRP 1998, 512 - Bilanzanalyse Pro7, m.w.N.). Das ist aber, wie schon aus der Anerkennung der Möglichkeit deliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche Dritter durch die höchstrichterliche Rechtsprechung folgt, ein rein prozessuales Privileg, das es nur ausschließt, dem aus einem Schutzrecht Verwarnenden den Zugang zu einer gerichtlichen Prüfung seines Anspruchs mittels einer anderen gerichtlichen Entscheidung zu verwehren, ohne indessen damit den darin liegenden Eingriff in das Recht eines Mitbewerbers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb rechtmäßig zu machen. Es steht deshalb einem Schadensersatzanspruch des Mitbewerbers nicht entgegen.“

Die gesetzliche Normierung der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung entfaltet insoweit auch gegenüber unbegründeten und/oder unzulässigen Rechtsschutzgesuchen eine Rechtfertigungswirkung.³²² Die gerichtliche Geltendmachung eines Rechtsschutzbegehrens kann somit nicht durch Unterlassungstitel verhindert werden.³²³

³²¹ BGHZ 164, 1, 7 f. – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

³²² BGHZ 164, 1, 6 – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

³²³ Vgl. auch Lindacher in FS für v. Gamm, S. 83, 85; Teplitzky, Kap. 41, Rn. 79a; ders., GRUR 2007, 177, 183.

An der Verhinderung eines Unterlassungsklageverfahrens durch eigene Unterlassungsansprüche hat ein geschäftlich Handelnder grundsätzlich kein spezifisches Interesse, ein solches ist allenfalls insofern denkbar, als dadurch eine divergierende Rechtsprechung genutzt und ein bestimmtes Gericht mit der Rechtsstreitigkeit befasst werden soll. Für Hauptsacheverfahren besteht aber im Gegensatz zu Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes³²⁴ die Möglichkeit einer Entscheidung durch den BGH, wodurch divergierende Rechtsprechungen der Vereinheitlichung zugeführt werden können³²⁵. Zudem werden die verfahrensrechtlichen Interessen eines geschäftlich Handelnden in einem Hauptsacheverfahren hinreichend gewahrt. Dessen prozessuale Stellung würde sich nicht erheblich verbessern, wenn er als Kläger seine Rechtsposition verteidigen würde, anstatt sich als Beklagter gegen eine Unterlassungsklage zu verteidigen. Aufgrund der ausgewogenen Stellung der Parteien in Hauptsacheverfahren gilt hier, wie im Verhältnis der Stellung als Beklagter einer Unterlassungsklage zur Stellung als Kläger einer gegenläufigen neg. FK, dass mit der Parteistellung (Kläger/Beklagter) kein erheblicher prozessualer Vorteil verbunden ist.

c.) Konsequenzen unberechtigter einstweiliger Verfügungen

Da Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf das verfahrensrechtliche Privileg nicht zwischen einem unberechtigten Vorgehen im Klageweg bzw. im Wege der e.V. differenzieren, gelten für Verfügungsgesuche die gleichen Grundsätze wie für Klagen.³²⁶ Für die Anwendbarkeit auf prozessuale Eilverfahren spricht, dass ein Anspruchsteller in bestimmten Konstellationen, wie beispielsweise bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten, dringender auf eine Möglichkeit zur Durchsetzung von Ansprüchen im Wege der e.V. angewiesen ist als auf eine entsprechende Klagemöglichkeit. Das Verfügungsverfahren stellt hier die einzige Möglichkeit dar, um rechtzeitigen Rechtsschutz zu erlangen. Es dient hier nicht dem Hauptsacherechtsschutz, sondern wie Klagen unmittelbar der Verwirklichung des materiellen Rechts.

Aufgrund des verfahrensrechtlichen Privilegs ist es nicht möglich, eine unberechtigte Inanspruchnahme im Wege der Unterlassungsverfügung zu verhindern, indem ein Anspruch

³²⁴ Siehe Abschnitt A.) V.) 2.), S. 32.

³²⁵ Siehe Abschnitt A.) V.) 2.), S. 32.

³²⁶ FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1152.

auf Unterlassung eines entsprechenden Verfahrens gerichtlich durchgesetzt wird.³²⁷ Für ein solches Begehren ist der Zugang zu den Gerichten verwehrt.³²⁸

Für Verfügungsverfahren ist diese Folge wesentlich gravierender als für Hauptsacheverfahren. Das Verfügungsverfahren ist bedeutend anfälliger für eine unberechtigte Anspruchsdurchsetzung als das Hauptsacheverfahren. Es bietet eine geringere Richtigkeitsgewähr³²⁹ und führt in lauterkeitsrechtlichen Konstellationen oftmals zu einer Titulierung ohne Beteiligung des Anspruchsgegners³³⁰.

Fraglich ist, ob bei unberechtigtem Vorgehen im Wege der e.V., wenn schon keine Unterlassungsansprüche möglich sind, zumindest eine Haftung auf Schadensersatz nach den deliktsrechtlichen Vorschriften in Betracht kommt. Eine Haftung nach dem Recht der unerlaubten Handlung ist nach den o.g. Grundsätzen ausgeschlossen, wenn der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Nur wenn dies nicht der Fall ist, verbleibt es beim uneingeschränkten Rechtsgüterschutz und damit bei der Anwendbarkeit der deliktischen Haftungsvorschriften. Schadensersatz für Schäden aufgrund unberechtigter e.V.'en kann ein Antragsgegner aber bereits von Gesetzes wegen gemäß § 945 ZPO³³¹ verlangen. Die Norm gewährt einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Erstattung von Schäden, die durch die Vollziehung oder zur Abwendung der Vollziehung (unter dem Druck drohender Vollziehung³³²) erfolgen. Damit privilegiert § 945 ZPO einen unberechtigt in Anspruch Genommenen gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen einer Haftung aufgrund unerlaubter Handlung. Dem Interesse des Geschädigten an Sekundärrechtsschutz durch eine Kompensation seiner erlittenen Beeinträchtigungen wird insoweit bereits durch die Regelung des § 945 ZPO Rechnung getragen. Eines Rückgriffs auf das allgemeine Deliktsrecht bedarf es nicht.

Im Ergebnis schließt das verfahrensrechtliche Privileg sowohl Unterlassungs- als auch Schadensersatzansprüche nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Vorgaben gegen unberechtigte e.V.'en bzw. Verfügungsgesuche aus.

³²⁷ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1152.

³²⁸ Siehe BGHZ 164, 1, 7 f. – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

³²⁹ Siehe die Nachweise unter Fn. 356.

³³⁰ Siehe hierzu die in Fn. 20 aufgeführten Nachweise.

³³¹ Siehe zu § 945 ZPO die Ausführungen unter B.) II.) 2.) c.), S. 102 ff.

³³² Vgl. *Ahrens/Ahrens*, Kap. 62, Rn. 26.

d.) Konsequenzen unberechtigter Berühmungen

Da ein Anspruchsgegner durch eine Berühmung weder zur Erfüllung der zugrunde liegenden Ansprüche aufgefordert wird, noch diese zu einer unberechtigten Anspruchsdurchsetzung führen kann, sind die Konsequenzen einer unberechtigten Berühmung für den Anspruchsgegner nicht gravierend.

Wie oben³³³ dargelegt, begründet die Berühmung mit einer bestimmten geschäftlichen Handlung die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Erstbegehungsgefahr, dass der sich Berühmende diese Handlung vornehmen wird. Berühmt sich ein Anspruchsteller indes einer tatsächlich nicht existenten gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines Anspruchs, führt dies nach obigen Grundsätzen nicht dazu, dass diesem die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Gerichte aufgrund eines Unterlassungsanspruchs untersagt werden könnte.

e.) Bewertung der Konsequenzen unberechtigten Vorgehens

Aufgrund des verfahrensrechtlichen Privilegs sind Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche wegen unberechtigten Abmahnungen, e.V.'en und Unterlassungsklagen im Lauterkeitsrecht grundsätzlich ausgeschlossen.

Zur Kompensation erlittener Beeinträchtigungen durch unberechtigte Maßnahmen der Anspruchsdurchsetzung stehen einem Anspruchsgegner die Anspruchsgrundlagen der §§ 945 und 717 Abs. 2 ZPO zur Verfügung. Hier stellt sich in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten indes regelmäßig die Problematik der Schadensbeizifferung.³³⁴ Wie in der kontradiktorischen Situation, einer Bemessung des nach § 9 UWG zu erstattenden Schadens, vermag ein Antragsgegner hier oftmals nicht den Beweis zu führen, welche Beeinträchtigungen und/oder Gewinneinbußen durch die Verpflichtung zur Unterlassung einer geschäftlichen Handlung erlitten wurden. Die Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 287 ZPO gleicht dieses Manko typischerweise nicht aus.³³⁵ Symptomatisch hierfür ist, dass in Klageverfahren oftmals lediglich die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung dem Grunde nach begehrt wird³³⁶ und neben Unterlassungsverfügungsverfahren regelmäßig

³³³ Siehe hierzu Abschnitt B.) I.) 2.) d.), S. 69.

³³⁴ Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 7.), S. 51 ff.

³³⁵ Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 7.), S. 52 f.

³³⁶ Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 7.), S. 52 f.

keine Schadensersatzforderungen im Wege der Leistungsklage (im Folgenden: LK) geltend gemacht werden³³⁷.

Bei einem unberechtigten Vorgehen im Wege der Abmahnung und/oder der LK wirft die Frage der Konsequenzen keine größeren Probleme auf. Die Abmahnung ermöglicht keine zwangsweise Anspruchsdurchsetzung und eröffnet damit keine Schädigungsmöglichkeit. Das Hauptsacheverfahren eröffnet dem Anspruchsteller zwar eine Durchsetzungsmöglichkeit, es führt jedoch nur in seltenen Fällen zu einer unberechtigten Schädigung. Die zivilprozessualen Vorgaben des Hauptsacheverfahrens gewährleisten eine umfassende Prüfung der Rechtsstreitigkeit und tragen den Interessen beider Parteien gleichermaßen Rechnung. Dies führt zu einer hohen Richtigkeitsgewähr von Hauptsacheentscheidungen und wirkt unberechtigten Schädigungen entgegen. Ihre größte Bedeutung erlangt die Problematik bei e.V.'en, welche die Möglichkeit einer unberechtigten Schädigung eröffnen und nur eine geringe Richtigkeitsgewähr bieten.

Weder gegen unberechtigte Abmahnungen, noch gegen e.V.'en oder Unterlassungsklagen ist Rechtsschutz durch Unterlassungsansprüche grundsätzlich möglich. Das verfahrensrechtliche Privileg steht entsprechenden Ansprüchen entgegen. Auch in Bezug auf den Primärrechtsschutz gegen diese Maßnahmen durch Unterlassungsansprüche gilt, dass sich dies im Besonderen bei der e.V. auswirkt. Ein Klageverfahren, das darauf gerichtet ist, dem Gegner die Erhebung einer Unterlassungsklage gerichtlich untersagen zu lassen, würde seinem Kläger keine relevanten prozessualen Vorteile im Vergleich zur Stellung als Beklagter einer Unterlassungsklage verschaffen. Eine unberechtigte Abmahnung kann ein geschäftlich Handelnder schlicht unbeachtet lassen, ohne hierdurch Nachteile befürchten zu müssen.

Auch im Übrigen bestehen für einen Anspruchsgegner keine Möglichkeiten, um sich vor einer unberechtigten Inanspruchnahme im Wege der e.V. wirksam und effektiv zu schützen.

Ein Anspruchsgegner, der sich mit einer unberechtigten Abmahnung konfrontiert sieht, muss damit rechnen, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen ihn gerichtlich durchgesetzt wird, sofern er sich nicht binnen der gesetzten Frist unterwirft. Die gerichtliche Durchsetzung erfolgt im Lauterkeitsrecht überwiegend im Wege der Unterlassungsverfügung³³⁸, die regelmäßig im Beschlussverfahren ergeht³³⁹. In dieser Situation, nach

³³⁷ jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 257.

³³⁸ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 19.

³³⁹ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 20.

Zugang der unberechtigten Abmahnung und vor der drohenden, unberechtigten Anspruchsdurchsetzung durch eine ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung, hat ein Anspruchsgegner keine Möglichkeit, um sich effektiv und wirksam zu schützen. Rechtsprechung und Literatur verweisen bei unberechtigten Abmahnungen auf die Möglichkeit der Erhebung einer neg. FK.³⁴⁰ Bereits aufgrund der zeitlichen Dauer des Klageverfahrens³⁴¹ kann die neg. FK eine unberechtigte Schädigung durch eine Unterlassungsverfügung aber nicht verhindern.

Als letzte Möglichkeit verbleibt einem Anspruchsgegner die Einreichung einer Schutzschrift.³⁴² Wird ein Anspruchsgegner nicht abgemahnt und hat er auch sonst keinen Anlass, damit zu rechnen, dass eine Unterlassungsverfügung gegen ihn erwirkt werden könnte, wird er keine Schutzschrift vor dem gegnerischen Unterlassungsverfügungsgesuch einreichen können. Selbiges gilt, wenn ein Anspruchsteller zunächst eine Unterlassungsverfügung (die dann als Schubladenverfügung bezeichnet wird³⁴³) erwirkt und daraufhin abmahnt.³⁴⁴

Selbst wenn eine Schutzschrift vom befassen Gericht zur Kenntnis genommen wird, ermöglicht sie dem betroffenen Anspruchsgegner keine effiziente Verteidigung. Ein Anspruchsgegner kennt den Inhalt des befürchteten Verfügungsgesuchs nicht und kann diesen daher nicht im Einzelnen entkräften, sondern nur vage zu dem für wahrscheinlich erachteten Vorbringen Stellung nehmen. Zudem kann sich die Schutzschrift sogar nachteilig für den Anspruchsgegner auswirken.³⁴⁵

³⁴⁰ BGH, Urteil vom 05.10.2000, I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 355 - *Verbandsklage gegen Vielfachabmahner*; Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 10.166; Omsels in Harte/Henning, § 4, Rn. 174 und 176.

³⁴¹ Siehe diesbezüglich Abschnitt A.) II.), S. 21.

³⁴² Siehe zum Rechtsinstitut der Schutzschrift auch Abschnitt A.) V.) 5.), S. 41 ff.

³⁴³ Spätgens in FS für Loschelder, S. 355, 356.

³⁴⁴ Ein solches prozesstaktisches Vorgehen ist nicht unüblich, vgl. bspw. Borck, WRP 1980, 375.

³⁴⁵ Siehe die Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 5.), S. 48 f.

II.) Die Problemstellung

Der Antragsteller einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügung wird in vielfacher Hinsicht gegenüber dem Antragsgegner privilegiert.³⁴⁶ Nachfolgend werden die wichtigsten Vorteile des Antragstellers aufgezeigt (Ziff. 1), bevor die Ausgestaltung der prozessualen Stellung des Anspruchsgegners erläutert wird (Ziff. 2). Der Abschnitt endet mit einer Gegenüberstellung und Bewertung der divergierenden Positionen (Ziff. 3).

1.) Vorteile des Antragstellers in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren

a.) Fliegender Gerichtsstand des § 14 Abs. 2 S. 1 UWG für Mitbewerber

Es wurde bereits dargelegt³⁴⁷, dass die Kombination des Wahlrechts des Antragstellers mit dem fliegenden Gerichtsstand aufgrund der unterschiedlichen Rechtsprechung der (in Verfügungsverfahren abschließend entscheidenden) Oberlandesgerichte zu strittigen materiell-rechtlichen und insbesondere prozessualen Fragen erhebliche Bedeutung erlangen und mitunter streitentscheidend sein kann. Die Wahlmöglichkeit des Antragstellers führt tendenziell dazu, dass die Gerichte mit den geringsten Anforderungen an die Zulässigkeit und Begründetheit von Verfügungsgesuchen mit den Verfahren befasst werden. Korrespondierend hierzu hätte eine Wahlmöglichkeit des Antragsgegners die entgegengesetzte Folge. Die Wahlmöglichkeit ist nicht nur im Fall von divergierender Rechtsprechung von Vorteil, sondern auch, wenn eine Rechtsfrage durch ein Gericht bereits eindeutig entschieden wurde, ein anderes sich in Bezug auf eine bestimmte Rechtsfrage hingegen noch nicht festgelegt hat.

b.) Zivilprozessuale Privilegierungen des Antragstellers im Verfügungsverfahren

aa.) Form der Antragstellung

Gemäß §§ 920 Abs. 1, 936 ZPO gelten für Verfügungsgesuche nicht die strengeren zivilprozessualen Vorgaben für Klagen (§§ 253, 130 ZPO). Bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen sind nach herrschender Ansicht hingegen die strengeren

³⁴⁶ *Pastor*, WRP 1972, 229, 233; siehe auch *Schuschke/Walker*, Vor § 916-945, Rn. 38; *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 1b.

³⁴⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 2.), S. 31 ff.

Voraussetzungen der §§ 253, 130 ZPO zu wahren.³⁴⁸ Das Unterlassungsverfügungsverfahren der Befriedigungsverfügung ist somit nicht nur in Bezug auf die Reichweite der Entscheidung, sondern auch hinsichtlich der Anforderungen an den verfahrensmittlernden Schriftsatz dem Hauptsacheverfahren angenähert. Für das Unterlassungsverfügungsgesuch ergeben sich damit die gleichen Schwierigkeiten wie bei dem Entwurf einer Unterlassungsklage, insbesondere das Problem der Formulierung eines bestimmten (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und der materiellen Rechtslage in seiner Reichweite exakt entsprechenden Unterlassungsantrags.³⁴⁹ Umstritten ist, ob die strengeren zivilprozessualen Vorgaben für Klagen für Befriedigungsverfügungsgesuche im Allgemeinen gelten.³⁵⁰

Eine Privilegierung des Antragstellers bei der Initiierung eines lauterkeitsrechtlichen Verfügungsverfahrens resultiert aber aus den §§ 920 Abs. 3, 936, 78 Abs. 3 ZPO. Danach gilt der bei den Landgerichten, die nach § 13 Abs. 1 S. 1 UWG mit den lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten erstinstanzlich ausschließlich befasst sind, bestehende Anwaltszwang nicht für das Unterlassungsverfügungsgesuch.³⁵¹ Diese Privilegierung ist indes allenfalls für Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung von Vorteil. Aufgrund der Komplexität des materiellen Lauterkeitsrechts, des Lauterkeitsverfahrensrechts und der Problematik der Formulierung des Unterlassungsantrags wird es juristischen Laien ohne fachkundige Beratung nicht möglich sein, ein sachgerechtes Verfügungsgesuch zu entwerfen.³⁵²

bb.) Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes und des Verfügungsanspruchs

Das Erfordernis der Glaubhaftmachung (§§ 920 Abs. 2, 936 ZPO) bezieht sich zum einen auf den erforderlichen Grad der Überzeugung des entscheidenden Gerichts von den erheblichen Tatsachen. Das Gegenstück in Hauptsacheverfahren bildet in dieser Hinsicht der Vollbeweis. Während die Erbringung des Vollbeweises voraussetzt, dass das Gericht keine vernünftigen Zweifel³⁵³ darüber hat, dass der vorgetragene Sachverhalt der Wahrheit entspricht, erfordert die Glaubhaftmachung lediglich, dass das Gericht den vorgetragenen Sachverhalt für

³⁴⁸ Schuschke/Walker, § 920, Rn. 13; Teplitzky, Kap. 54, Rn. 38, m.w.N.; Nirk/Kurtze, Rn. 220, m.w.N.; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1198.

³⁴⁹ Vgl. zu dieser Problematik: Teplitzky, Kap. 51, Rn. 4 ff.; Ahrens/Jaestedt, Kap. 22, Rn. 1 ff.; Walker, Rn. 151; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1279; Boesche, § 13, Rn. 470, mit Beispielen für verschiedene Antragsbegehren.

³⁵⁰ Vgl. Teplitzky, Kap. 54, Rn. 38.

³⁵¹ jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 102; Schellhammer, Rn. 1956; Speckmann, Rn. 468.

³⁵² Siehe hierzu auch Ahrens/Jaestedt, Kap. 49, Rn. 13.

³⁵³ Vgl. Finken, S. 11; Dütz, BB 1980, 533, 541; Walker, Rn. 321; Musielak/Foerste, § 286, Rn. 19; BGHZ 53, 245, 256.

überwiegend wahrscheinlich hält³⁵⁴. Diese vergleichsweise niedrige Anforderung belegt, dass das Ziel der Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht in einer zuverlässigen Sachaufklärung besteht.³⁵⁵ Die geringen Anforderungen an die Überzeugung des Gerichts führen zu einem erhöhten Fehlentscheidungsrisiko e.V.'en.³⁵⁶ Das Erfordernis der Glaubhaftmachung ermöglicht es Antragstellern, e.V.'en zu erwirken, obwohl entsprechende Klagen bei gleicher Beweislage abzuweisen wären.³⁵⁷ Durch dieses Gefälle zwischen den Anforderungen schafft das Gesetz einen erheblichen Anreiz für Anspruchsteller, ein Verfügungsverfahren anstatt eines Hauptsacheverfahrens einzuleiten, sofern, wie bei Befriedigungsverfügungsverfahren, das Ziel der Titulierung eines Anspruchs auf beiden Wegen erreicht werden kann.

Das gesetzliche Zugeständnis an den Antragsteller, Verfügungsanspruch und –grund (diesbezüglich greift im Lauterkeitsrecht ohnehin die Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG ein) lediglich glaubhaft machen zu müssen, wirkt sich andererseits auch auf die Art der dafür zugelassenen Mittel aus. In Hauptsacheverfahren sind als Beweismittel ausschließlich Zeugen (§§ 373 ff. ZPO), Urkunden (§§ 415 ff. ZPO), Sachverständigengutachten (§§ 402 ff. ZPO), die Inaugenscheinnahme (§§ 371 ff. ZPO) und die Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) statthaft (sog. *numerus clausus* der Beweismittel). Im Rahmen der Glaubhaftmachung werden die zugelassenen Mittel zum einen dahingehend eingeschränkt, dass lediglich präsente Mittel der Glaubhaftmachung statthaft sind (§ 294 Abs. 2 ZPO)³⁵⁸, zum anderen werden die genannten Beweismittel aber wesentlich erweitert³⁵⁹, wie beispielsweise um die anwaltliche Versicherung und die eidesstattliche Versicherung³⁶⁰.

³⁵⁴ BGH, Beschluss vom 09.02.1998, II ZB 15/97, NJW 1998, 1870; Beschluss vom 20.03.1996, VIII ZB 7/96, NJW 1996, 1682; *Walker*, Rn. 321; *MüKoZPO/Prütting*, § 294, Rn. 24, m.w.N.; *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1205; *Musielak/Huber*, § 294, Rn. 3 mit Nachweisen zu Mindermeinungen; *Laumen* in *Prütting/Gehrlein*, § 294, Rn. 2.

³⁵⁵ *Baur*, BB 1964, 607, 615.

³⁵⁶ *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 916, Rn. 3, vor § 935, Rn. 32; *Schilken* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 595 f.; *Ulrich*, GRUR 1985, 201, 209; *Mädrich*, S. 4; *Schuschke/Walker*, § 921, Rn. 8 und 11, § 937, Rn. 14; *Walker*, Rn. 32, 155, 429 und 606; *Arens* in FS für v. Caemmerer, S. 76; *Heinze* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 589, m.w.N.; *Piehler*, S. 33; *Berneke*, Rn. 15; *Teplitzky*, GRUR 1978, 286; *Starek*, S. 93, 109.

³⁵⁷ *Ahrens/Schmukle*, Kap. 44, Rn. 4.

³⁵⁸ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 54, Rn. 49; *Fischer* in *Prütting/Gehrlein*, § 920, Rn. 5; *Laumen* in *Prütting/Gehrlein*, § 294, Rn. 4; *Zimmermann*, § 920, Rn. 5; *Borck*, WRP 1979, 274, 275.

³⁵⁹ Vgl. *Ahrens/Scharen*, Kap. 50, Rn. 29.

³⁶⁰ *Teplitzky*, Kap. 54, Rn. 49; *Laumen* in *Prütting/Gehrlein*, § 294, Rn. 3.

Hinsichtlich der Bedeutung der Glaubhaftmachung in lauterkeitsrechtlichen Verfahren ist zu berücksichtigen, dass im Lauterkeitsrecht oftmals Rechtsfragen und nicht der zugrunde liegende Sachverhalt im Streit stehen.³⁶¹ Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass geschäftliche Handlungen, wie beispielsweise Werbemaßnahmen, in der Masse der Fälle auf die Förderung der eigenen Geschäftstätigkeit angelegt sind und daher von einer möglichst breiten Öffentlichkeit wahrgenommen werden sollen.³⁶² Die Bedeutung der Begünstigung des Antragstellers durch das Privileg der Glaubhaftmachung wird durch diese Eigentümlichkeit des Lauterkeitsrechts in einer Vielzahl von Streitigkeiten vermindert. Steht der zugrunde liegende Sachverhalt aber zumindest auch im Streit, kann das Privileg der Glaubhaftmachung streitentscheidende Bedeutung erlangen.

Die Vor- und Nachteile der Glaubhaftmachung kommen zwar beiden Parteien zugute³⁶³, der Antragsgegner ist jedoch gerade in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten vor der Entscheidung über den Erlass der e.V. regelmäßig nicht an dem Verfahren beteiligt. Die Entscheidung im Beschlussweg, das heißt ohne mündliche Verhandlung, ist hier die Regel.³⁶⁴ In der Praxis kommt dem Antragsgegner die Privilegierung der Glaubhaftmachung typischerweise erst im Widerspruchsverfahren zugute. Zu diesem Zeitpunkt können durch die Vollziehung einer e.V. bereits vollendete Tatsachen geschaffen worden oder ein irreparabler Schaden eingetreten sein. Im Ergebnis wird in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten durch die Glaubhaftmachung daher primär der Antragsteller begünstigt.

cc.) Eidesstattliche Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung

Die Zulassung der eidesstattlichen Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung begründet ebenfalls eine erhebliche Privilegierung des Antragstellers, da durch dieses Rechtsinstitut unzutreffende Tatsachen sehr viel leichter zur Entscheidungsgrundlage des Gerichts gemacht werden können³⁶⁵, als es mit den Beweismitteln des Hauptsacheverfahrens möglich wäre³⁶⁶. In Verfügungsverfahren stellt sie das wichtigste Mittel der Glaubhaftmachung dar.³⁶⁷ Diese Privilegierung führt im Zusammenspiel mit anderen Begünstigungen, wie denen der häufigen Entscheidungen im Beschlussweg oder der Reduzierung des erforderlichen Maßes

³⁶¹ Baur, BB 1964, 607, 610; Kur, S. 110 f., auch zu den zahlreichen Ausnahmen.

³⁶² Kur, S. 110.

³⁶³ Reichold in Thomas/Putzo, § 294, Rn. 3.

³⁶⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 20.

³⁶⁵ Vgl. May, S. 49; Starek, S. 94; Ahrens/Scharen, Kap. 51, Rn. 31 ff.

³⁶⁶ Vgl. Ahrens/Ahrens, Kap. 14, Rn. 14.

³⁶⁷ Mes/Bopp/Sonntag, S. 47.

der Überzeugung des Gerichts dazu, dass für lauterkeitsrechtliche Verfügungsverfahren eine erhebliche Gefahr unzutreffender Entscheidungen begründet wird.³⁶⁸ Mit einer eidesstattlichen Versicherung können Tatsachen allein durch schriftliche Erklärung eines Zeugen oder einer Partei und einer entsprechenden Versicherung, dass die behaupteten Tatsachen der Wahrheit entsprechen, glaubhaft gemacht werden. Dies macht die eidesstattliche Versicherung zu einem besonders gefährlichen Mittel der Glaubhaftmachung.³⁶⁹ Zwar ist sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässig falsche Versicherung an Eides statt strafbar³⁷⁰ (§§ 156, 161 Abs. 1 StGB), diese Strafandrohung kann indes nicht verhindern, dass der jeweils Erklärende irrtümlich oder bewusst die Wahrheit unzutreffender Angaben versichert. Zudem bietet dieses Mittel der Glaubhaftmachung dem Erklärenden einen erheblichen Spielraum bzgl. der Formulierung seiner Angaben. Während das Gericht im Rahmen der Beweisaufnahme eines Hauptsacheverfahrens die Möglichkeit hat, bei vagen, pauschalen oder mehrdeutigen Angaben gezielt nachzufragen, ist dies im e.V. - Verfahren nur durch Anberaumung einer mündlichen Verhandlung möglich, was tatsächlich selten geschieht.

Bei eidesstattlichen Versicherungen, die von einer der Parteien abgegeben werden, ist zudem zu berücksichtigen, dass in Hauptsacheverfahren grundsätzlich kein korrespondierendes Beweismittel statthaft ist. Nach § 447 ZPO ist die Parteivernehmung der beweispflichtigen Partei nur möglich, wenn die gegnerische Partei damit einverstanden ist. Dieses Einverständnis wird in der Praxis in aller Regel verweigert.³⁷¹ Die Folge kann sein, dass ein Antragsteller eine Tatsache in einem e.V. – Verfahren durch eidesstattliche Versicherung unschwer glaubhaft machen kann, in einem nachfolgenden Klageverfahren hingegen, mangels korrespondierendem Beweismittel, beweisfällig bleibt³⁷².

dd.) Anordnung auch ohne Glaubhaftmachung

Der Erlass einer e.V. ist gemäß §§ 921 S. 1, 936 ZPO auch ohne Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs und des Verfügungsgrundes möglich, sofern wegen der dem Gegner

³⁶⁸ Berneke, Rn. 15; Schilken in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 595.

³⁶⁹ Ahrens/Ahrens, Kap. 14, Rn. 14; Walker, Rn. 336; vgl. auch Kleveman/Henßler, § 18, Rn. 34.

³⁷⁰ Vgl. BayObLG, Urteil vom 23.02.1995, 5 St RR 79/94, NJW 1996, 406; einschränkend, Blomeyer, JR 1976, 441 ff.

³⁷¹ Musielak/Huber, § 447, Rn. 1.

³⁷² Besonders bedenklich erscheint dies vor dem Hintergrund, dass nach Kur (S. 106) im Rahmen einer vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Studie über Verbraucherschäden durch unlautere Werbung festgestellt worden ist, dass eidesstattliche Versicherungen praktisch jedem Verfügungsgesuch beigelegt werden.

drohenden Nachteile Sicherheit geleistet wird. Da der Verfügungsgrund im Lauterkeitsrecht nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet wird³⁷³, kann die Privilegierung diesbezüglich nur Relevanz erlangen, wenn die gesetzliche Vermutung widerlegt wurde und die Dringlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen darzulegen ist³⁷⁴. In diesem Fall und in Bezug auf den Verfügungsanspruch kann die Regelung zu einer weiteren Absenkung des erforderlichen Grads der Überzeugung des Gerichts unter den der überwiegenden Wahrscheinlichkeit führen, wobei nach h.M. noch ein „gewisses Maß der Überzeugung“ verbleiben muss³⁷⁵. Das Gericht erachtet es in diesen Fällen nach dem Verfügungsgesuch des Antragstellers und den zum Nachweis vorgebrachten Mitteln der Glaubhaftmachung somit eher für unwahrscheinlich, dass der Verfügungsanspruch besteht und/oder der Verfügungsgrund der Dringlichkeit gegeben ist. Gleichwohl wird das Gericht durch die Regelung in die Lage versetzt, einem schlüssigen³⁷⁶, aber nicht glaubhaft gemachten Verfügungsgesuch stattzugeben, wenn im Gegenzug Sicherheit wegen der dem Gegner drohenden Nachteile geleistet wird. Durch die Regelung des § 921 S. 1 ZPO soll dem Antragsteller auch dann effektiver Rechtsschutz gewährt werden können, wenn er zeitlich nicht dazu in der Lage ist, seinen Sachvortrag glaubhaft zu machen.³⁷⁷

Der einzige Vorteil für den Antragsgegner besteht darin, dass er das Risiko mangelnder Zahlungsfähigkeit des Antragstellers bei einer Gegenforderung nach § 945 ZPO nicht zu tragen hat, sofern die Höhe der Sicherheitsleistung durch das Gericht ausreichend bemessen wurde. Die Problematiken der Schadensbeizifferung³⁷⁸ und, dass sich der Antragsgegner zunächst einmal der Vollstreckung aus der e.V. ausgesetzt sieht, bleiben bestehen. Zudem wird im Lauterkeitsrecht nur selten von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, zulasten des Antragsgegners eine Sicherheitsleistung anzuordnen.³⁷⁹

³⁷³ Siehe die Ausführungen unter A.) V.) 1.), S. 28 ff. und B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

³⁷⁴ A. A. Ahrens/Scharen, Kap. 50, Rn. 27, der allerdings außer Betracht lässt, dass die Dringlichkeit nach h.M. im Fall der Widerlegung der Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG nach allgemeinen Grundsätzen glaubhaft gemacht werden kann (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26.09.1997, 6 U 84/97, NJWE-WettbR 1998, 138; KG, Urteil vom 29.05.2001, 5 U 10150/00, GRUR-RR 2001, 244, 246 – *Internetapotheke*; Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 3.13; Ahrens/Schmukle, Kap. 45, Rn. 55).

³⁷⁵ Stein/Jonas/Grunsky, § 921, Rn. 5; Schuschke/Walker, § 921, Rn. 4; MüKoZPO/Drescher, § 921, Rn. 2; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 921, Rn. 11.

³⁷⁶ Von dem Erfordernis eines schlüssigen Verfügungsgesuchs kann auch nach § 921 S. 1 ZPO nicht abgewichen werden, vgl. Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 921, Rn. 10; Schuschke/Walker, § 921, Rn. 2; Stein/Jonas/Grunsky, § 921, Rn. 6.

³⁷⁷ Schuschke/Walker, § 921, Rn. 4 und 8.

³⁷⁸ Vgl. die Ausführungen unter A.) V.) 7.), S. 51 ff.

³⁷⁹ Borck, WRP 1978, 435, 437.

ee.) Möglichkeit der Entscheidung durch Beschluss (allein durch den Vorsitzenden)

Die ZPO sieht in § 937 Abs. 2 die Möglichkeit der Entscheidung über ein Verfügungsgesuch im Wege des Beschlusses, das heißt ohne mündliche Verhandlung, vor. Darüber hinaus ermöglicht es § 944 ZPO, dass der Vorsitzende des Spruchkörpers in dringenden Fällen allein über das Verfügungsgesuch entscheidet.³⁸⁰ In der lauterkeitsrechtlichen Praxis ist die Entscheidung im Beschlussweg der Regelfall.³⁸¹ Die von § 937 Abs. 2 ZPO vorausgesetzte besondere Dringlichkeit, die es aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes³⁸² rechtfertigt, davon abzusehen, dem Antragsgegner vor der Entscheidung des Gerichts rechtliches Gehör zu gewähren, wird (ausschließlich aufgrund des Vortrags des Antragstellers) regelmäßig für gegeben erachtet, das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis³⁸³ damit in sein Gegenteil verkehrt³⁸⁴. Die Bundesregierung beschreibt die vorherrschende Praxis in Bezug auf lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungsverfahren wie folgt³⁸⁵:

„Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung werden oft bei Gerichten gestellt, von denen der Antragsteller weiß, dass sie seiner Rechtsauffassung zuneigen, einstweilige Verfügungen bereitwillig und ohne Anhörung des Gegners erlassen oder regelmäßig hohe Streitwerte festsetzen.“

Durch die Entscheidung im Beschlussweg wird der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner massiv privilegiert.³⁸⁶ Ausschließlich der Antragsteller hat die Möglichkeit, auf das entscheidende Gericht einzuwirken und es von der Richtigkeit seines Sachvortrags und seiner Argumentation zu überzeugen.³⁸⁷ Der Antragsgegner erfährt von der Verfahrenseinleitung hingegen regelmäßig erst durch die Zustellung des Titels, ihm verbleibt lediglich

³⁸⁰ Vgl. *Walker*, Rn. 271 f.

³⁸¹ Siehe die Nachweise in Fn. 20.

³⁸² *Schuschke/Walker*, § 937, Rn. 6.

³⁸³ Siehe hierzu bereits Fn. 157.

³⁸⁴ *Ahrens/Scharen*, Kap. 51, Rn. 5; *Ahrens/Deutsch*, Kap. 1, Rn. 23.

³⁸⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057, S. 31.

³⁸⁶ *Starek*, S. 92; *Walker*, Rn. 426.

³⁸⁷ Vgl. *Ahrens/Jestaedt*, Kap. 49, Rn. 6, der anführt, dass fast jedes lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungsgesuch den Antrag enthält, aufgrund der besonderen Dringlichkeit im Beschlussweg zu entscheiden, ebenso *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1207; siehe auch *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 5a f., der die vielfältigen Praktiken der Antragsteller erläutert, auch dann zu einer Beschlussverfügung zu gelangen, wenn das befassende Gericht keinen „dringenden Fall“ i.S.v. § 937 Abs. 2 ZPO für gegeben erachtet; *Schricker*, GRUR Int. 1990, 112, 116, spricht von einer „fatalen Präjudizwirkung auf einseitiger Argumentation beruhender Verfügungen“; *Borck*, WRP 1978, 435, 437, führt diesbezüglich treffend an, dass die einseitige Möglichkeit der Einflussnahme in Beschlussverfahren dazu führt, dass die Gerichte das Verfahren „durch die Brille des Antragstellers“ sehen.

die Möglichkeit, die nachträgliche Berücksichtigung seiner Verfahrensrechte durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs durchzusetzen. Der titulierten Unterlassungsverpflichtung hat er sofort nachzukommen.

Die gesetzliche Ausgestaltung des Verfügungsverfahrens in Bezug auf die Wahl der Verfahrensart und die damit verbundenen Konsequenzen sind nicht unproblematisch. Sie kreieren einen Anreiz für die Gerichte, einem Verfügungsgesuch im Beschlusswege stattzugeben. So ist der Aufwand des Gerichts ungleich höher, wenn es über ein Verfügungsgesuch aufgrund mündlicher Verhandlung entscheidet oder vor der Entscheidung zumindest eine Stellungnahme des Antragsgegners einholt³⁸⁸, die es dann auch zwingend zu berücksichtigen hat. Anberaumung und Durchführung der mündlichen Verhandlung sowie ggf. die Würdigung der Mittel der Glaubhaftmachung des Antragsgegners nehmen regelmäßig ein Vielfaches der Zeit in Anspruch, die eine Entscheidung im Beschlussweg erfordern würde. Insbesondere erspart sich ein Gericht bei einer Entscheidung im Beschlussverfahren den Aufwand einer Entscheidungsbegründung.³⁸⁹ Gemäß §§ 936, 922 Abs. 1 S. 2 ZPO besteht eine Verpflichtung zur Begründung einer e.V. für den Fall, dass dem Gesuch entsprochen wird nur, falls die Entscheidung im Ausland geltend gemacht werden soll.³⁹⁰ Für Entscheidungen in Form des Urteils normiert hingegen § 313 Abs. 1 Nr. 5 und 6 ZPO eine darüber hinausgehende Begründungsverpflichtung. Diese gilt auch für Urteile, die in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergehen.³⁹¹ (Teil-) zurückweisende Beschlüsse sind dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 567 ZPO) zugänglich und bedürfen daher ebenfalls einer Begründung, die dem Beschwerdegericht die Überprüfung der Entscheidung erst ermöglicht.³⁹² Ausschließlich bei stattgebenden Beschlussverfügungen, die nicht im Ausland geltend gemacht werden sollen, besteht keine Begründungsverpflichtung.³⁹³ Der Großteil der mit Unterlassungsverfügungen häufig befassten

³⁸⁸ Vgl. *Schilken*, S. 133; *Borck*, WRP 1972, 238, 242; teilweise wird es auch für unzulässig erachtet, dem Antragsgegner das Verfügungsgesuch vor der Entscheidung zur Anhörung und Beschlussfassung zuzuleiten (*Pastor*, WRP 1972, 277, 232).

³⁸⁹ *Teplitzky*, WRP 1980, 373, 375.

³⁹⁰ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1209.

³⁹¹ *Schuschke/Walker*, § 922, Rn. 23.

³⁹² *Schuschke/Walker*, § 922, Rn. 23; *Hasselblatt/Lensing-Kramer*, § 5, Rn. 32.

³⁹³ *Hasselblatt/Lensing-Kramer*, § 5, Rn. 32; *Schuschke/Walker*, § 922, Rn. 24; *Stein/Jonas/Grunsky*, § 922, Rn. 5; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 922, Rn. 11; a. A. *Nägele*, NJW 1993, 1045, 1047 ff., der mit sehr gewichtigen Argumenten eine Begründungspflicht aus verfassungsrechtlichen Vorgaben ableitet, hierbei aber nicht die Beschleunigung des Verfügungsverfahrens durch den Entfall des Begründungserfordernisses und die damit einhergehenden Auswirkungen auf die, ebenfalls verfassungsrechtlich vorgegebene, Effektivität des Rechtsschutzes in seine Bewertung einbezieht.

Wettbewerbsgerichte sähen ihre Kapazitätsgrenze wohl als überschritten an, wenn sie über lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungen im Urteilsverfahren entscheiden müssten³⁹⁴ und diese Entscheidungen in „berufungsfester“ Weise begründen müssten. Die befassten Gerichte haben daher ein eigenes Interesse daran, über Verfügungsgesuche im Beschlusswege zu entscheiden, ähnlich wie in Hauptsacheverfahren ein Interesse des Gerichts daran besteht, einen möglichst hohen Anteil von Rechtsstreitigkeiten im Wege eines Vergleichs beizulegen, um auch hier keine Urteile erlassen zu müssen. Dass dieses Interesse des Gerichts im Rahmen der Wahl der Verfahrensart unbeachtlich ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Die Frage, ob ein Fall dringlich ist, beurteilt sich nicht danach, ob die Erledigung des Falles für das befassende Gericht dringlich ist.

Weiterhin ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass auch der Antragsteller in gewissem Maße Einfluss auf die Beurteilung der Dringlichkeit einer Entscheidung hat. Durch eine zögerliche Antragsstellung kann der maßgebliche Zeitraum oftmals in einem Maße verkürzt werden, dass eine Entscheidung in der Sache dringlich wird³⁹⁵.

Teilweise wird versucht, die Praxis der Gerichte, regelmäßig im Beschlussweg zu entscheiden, damit zu rechtfertigen, dass aufgrund von statistischen Werten belegbar sei, dass die befassten Gerichte auch aufgrund einseitigen Vortrags des Antragstellers regelmäßig zutreffende Entscheidungen fällen³⁹⁶. Hiergegen muss zunächst eingewandt werden, dass für die Wahl der Verfahrensart, gemäß § 937 Abs. 2 ZPO, ausschließlich die Frage der Dringlichkeit maßgeblich ist.³⁹⁷ Des Weiteren ist es bedenklich, wenn versucht wird, die Richtigkeit erlassener Beschlüsse damit zu begründen, dass gegen diese kein Widerspruch erhoben wurde.³⁹⁸ Ein Widerspruch kann aufgrund verschiedenster Erwägungen unterbleiben. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Unterlassungsverfügung den Antragsgegner zunächst zu einer sofortigen Einstellung des beanstandeten

³⁹⁴ Vgl. *Teplitzky*, WRP 1980, 373, 375, der hierzu zutreffend anführt, dass dem Problem durch Maßnahmen der Justizverwaltung und nicht durch Beschränkungen der Rechte des Antragsgegners zu begegnen ist; *Ahrens/Schmukle*, Kap. 45, Rn. 9; *Pietzcker*, GRUR 1978, 526; *Deutsch*, GRUR 1990, 327; siehe zu der hieraus resultierenden zusätzlichen Belastung der Gerichte auch *Borck*, WRP 1972, 238, 242.

³⁹⁵ Ein Antragsteller, der auf die Weise agiert, läuft allerdings Gefahr, die Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG zu widerlegen. Vgl. diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 1.), S. 29 f.

³⁹⁶ *Borck*, WRP 1972, 238, 243 ff.

³⁹⁷ A. A. sind *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 2 („Ausnahme extra legem“) und *Ahrens/Scharen*, Kap. 51, Rn. 4, die in materiell-rechtlich zweifelsfreien Fällen eine Beschlussentscheidung unabhängig vom Vorliegen eines dringenden Falles ermöglichen wollen, sofern der Antragsteller darauf verweisen kann, den Antragsgegner abgemahnt zu haben oder glaubhaft machen kann, weshalb eine Abmahnung im konkreten Fall entbehrlich war.

³⁹⁸ *Teplitzky*, WRP 1980, 373, 375.

Verhaltens zwingt und eine hypothetische Aufhebung der e.V. in einem Widerspruchsverfahren erst nach Tagen oder Wochen möglich ist. Für den Antragsgegner kann das Interesse an einer Vornahme der streitgegenständlichen Handlungen zu diesem Zeitpunkt bereits erloschen sein. Auch mag es für ihn mit einer geringeren Beeinträchtigung verbunden sein, seine Geschäftstätigkeit entsprechend der Unterlassungsverpflichtung fortzusetzen, als sie zunächst entsprechend der Unterlassungsverfügung abzuändern und nach einer möglichen Aufhebung der Unterlassungsverfügung erneut abzuändern. Der Gegner kann sich der Entscheidung auch schlicht beugen, obwohl er sie für unzutreffend hält, aber aufgrund der schlechten Ausgangssituation kein Interesse an einer weiteren Auseinandersetzung hat. Auch der Gesichtspunkt, dass der Beschluss grundsätzlich keine Begründung enthält³⁹⁹ (§§ 922 Abs. 1, 936 ZPO), dürfte viele Antragsgegner davon abhalten, Kosten in ein Verfahren zu investieren, dessen Erfolgsaussichten sie mangels Begründung nur unzureichend zu beurteilen vermögen. Dass gegen eine e.V. in Beschlussform kein Widerspruch eingelegt wurde, vermag daher nicht deren Rechtmäßigkeit zu belegen oder, dass eine Entscheidung im Wege der mündlichen Verhandlung nicht zu einem anderen Ergebnis hätte führen können.

Für die Parteien und das Gericht hat die Entscheidung im Beschlussweg anstatt der Anordnung einer mündlichen Verhandlung erhebliche Auswirkungen. Wenngleich das rechtsstaatlich fundamentale Verfahrensgrundrecht des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zwar nur erheblich eingeschränkt, aufgrund der zeitlich unbefristeten Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsbehelfen aber nicht verletzt wird⁴⁰⁰, so ist mit dieser Verfahrensart doch ein erheblicher Vorteil für den Antragsteller verbunden⁴⁰¹.

Diese Benachteiligung des Antragsgegners hat unter anderem zur Folge, dass Beschlussverfügungen, das heißt ohne eine Ladung des Gegners ergangene e.V.'en, nicht nach der EuGVVO bzw. deren Vorgängerregelung EuGVÜ im Ausland vollstreckt werden können bzw. konnten⁴⁰². Der EuGH hat hierzu in der Entscheidung⁴⁰³ *Denilauler ./ Couchet Frères* entschieden, dass derartige Entscheidungen gemäß Art. 27 Ziff. 2 EuGVÜ nicht

³⁹⁹ Oftmals wird dem Antragsgegner hingegen aufgegeben, den Beschluss nur mithilfe des Verfügungsgesuchs zuzustellen. Mangels gesetzlicher Grundlage, wird das Beifügen des Verfügungsgesuchs hierdurch aber nicht zur Voraussetzung für die Wirksamkeit der Zustellung und damit für die rechtliche Existenz des Beschlusses nach § 922 Abs. 2 ZPO.

⁴⁰⁰ BVerfGE 9, 89, 96 ff.

⁴⁰¹ *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 25; *Lipps*, NJW 1970, 226; *May*, S. 54.

⁴⁰² *Mes/Bopp/Sonntag*, S. 41; *Kieser/Sagemann*, GRUR-Prax 2012, 155, 156, die sich indes gegen die vom BGH postulierte Übertragung der Rspr. des EuGH zur EuGVÜ auf die EuGVVO wenden.

⁴⁰³ EuGH, Urteil vom 21.05.1980, C-125/79, GRUR Int. 1980, 512 - *Denilauler/Couchet Frères*.

anzuerkennen und damit nicht im Ausland vollstreckbar sind. Die Vorschrift setzt voraus, dass dem Antragsgegner das verfahrenseinleitende Schriftstück so ordnungsgemäß und rechtzeitig mitgeteilt wird, dass er sich dagegen verteidigen kann. Diese Voraussetzungen sieht der EuGH bei einer Beschlussverfügung nicht als gegeben an. In der zugrunde liegenden Entscheidung war zudem lediglich eine vorläufige Sicherung Gegenstand des Beschlusses und noch nicht einmal eine, in dogmatischer Hinsicht intensivere, vorläufige Durchsetzung eines Anspruchs, wie im Fall einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügung.⁴⁰⁴ Der BGH hat die Geltung dieses Grundsatzes im Anwendungsbereich der EuGVVO bestätigt.⁴⁰⁵ Während derartige Beschlussverfügungen in der deutschen, lauterkeitsrechtlichen Praxis tagtäglich ergehen, werden sie auf europäischer Ebene als nicht durch einen anderen Staat anerkennungsfähig beurteilt, da die Rechte des Antragsgegners zu massiv beschränkt werden, wenn diesem infolge der mangelnden Beteiligung keine ausreichende Möglichkeit der Rechtsverteidigung zur Verfügung steht.

ff.) Überraschung des Antragsgegners als Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht

aaa.) Überraschungsgedanke des einstweiligen Rechtsschutzes

Die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sollen dem Antragsteller die Überraschung des Antragsgegners ermöglichen, um diesem nicht die Möglichkeit zu geben, die Vollziehung von Arrest/e.V. durch die Vereitelung der Vollziehung „ins Leere laufen zu lassen“. ⁴⁰⁶ Primäre Bedeutung hat das Überraschungsmoment bei der Sicherungsverfügung und dem Arrestverfahren. ⁴⁰⁷ Hier gilt es zu verhindern, dass ein potentieller Schuldner den Zugriff auf sein Vermögen bzw. seine Person verhindert, indem er Vermögensgegenstände beiseite schafft, verbraucht oder sich dem Zugriff der Vollstreckungsorgane entzieht. Dieser Gedanke der Überraschung des Gegners ist auch der Vorschrift des § 937 Abs. 2 ZPO immanent⁴⁰⁸ und kann bei der Frage, ob ein dringender Fall im Sinne der Vorschrift vorliegt, entscheidend sein. Wird dies verneint und das Urteilsverfahren durchgeführt, wird dem Antragsgegner das Verfügungsgesuch zugestellt und er zur mündlichen Verhandlung geladen, somit erhält er

⁴⁰⁴ Siehe *Walker*, Rn. 138.

⁴⁰⁵ BGH, Beschluss vom 21.12.2006, IX ZB 150/05, NJW-RR 2007, 1573, 1573 f., Tz. 10 ff.

⁴⁰⁶ Schuschke/*Walker*, Vor § 916-945, Rn. 3; vgl. auch Wieczorek/Schütze/*Thümmel*, § 922, Rn. 13.

⁴⁰⁷ *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 3.

⁴⁰⁸ Vgl. Stein/Jonas/*Grunsky*, § 937, Rn. 5; Wieczorek/Schütze/*Thümmel*, § 937, Rn. 7; Schuschke/*Walker*, § 937, Rn. 6.

Kenntnis von einer möglicherweise bald drohenden Zwangsvollstreckung⁴⁰⁹. Wird über das Verfügungsgesuch im Beschlussverfahren entschieden, so wird der Antragsgegner, vorbehaltlich der Möglichkeit, dass ihm vom Gericht die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird, am Verfügungsverfahren bis zum Erlass der Entscheidung nicht beteiligt. Weitere Ausprägungen des Überraschungsgedankens finden sich in den §§ 936, 922 Abs. 2 und 3 ZPO.

bbb.) Keine Zustellung erlassener Beschlussverfügungen an den Antragsgegner durch das Gericht

§§ 922 Abs. 2, 936 ZPO sehen vor, dass die Zustellung ergangener Entscheidungen an die Gegenpartei im Parteibetrieb nach den §§ 191 ff. ZPO erfolgt. Hierdurch wird verhindert, dass der Antragsgegner vonseiten des Gerichts Kenntnis von der Entscheidung erhält und sich auf diese einrichten kann, bevor die Vollziehung erfolgt. Regelmäßig erfolgt die Zustellung einer Eilentscheidung daher gleichzeitig oder kurz vor der Vollziehungsmaßnahme.

ccc.) Keine Benachrichtigung des Antragsgegners über zurückgewiesene Verfügungsgesuche durch das befassende Gericht

Zusätzlich sehen §§ 922 Abs. 3, 936 ZPO vor, dass zurückweisende Entscheidungen oder Entscheidungen, durch die eine vorherige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, der Gegenpartei nicht mitzuteilen sind. Die Vorschrift weicht zugunsten des Antragstellers von der allgemeinen Regelung des § 329 Abs. 3 ZPO ab, nach der Entscheidungen, die einen Vollstreckungstitel bilden oder die der sofortigen Beschwerde oder der Erinnerung nach § 573 Abs. 1 ZPO unterliegen, zuzustellen sind. Dies soll es einem obsiegenden Antragsteller ermöglichen, die Sicherheitsleistung erbringen zu können, ohne befürchten zu müssen, dass durch die hierdurch entstehende zeitliche Verzögerung die Erfolgsaussichten der Vollziehung beeinträchtigt werden. Für einen unterliegenden Antragsteller hat die Regelung den Vorteil, dass er ein Verfügungsgesuch nach umstrittener Ansicht und Rechtspraxis⁴¹⁰ erneut bei demselben oder einem anderen Gericht einreichen kann, ohne dass er befürchten müsste, dass der Antragsgegner durch eine Mitteilung des Gerichts gewarnt werden und infolgedessen Gegenmaßnahmen ergreifen könnte.

⁴⁰⁹ Vgl. Schuschke/Walker, § 922, Rn. 12.

⁴¹⁰ Siehe diesbezüglich nachfolgende Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

ddd.) Der Gesichtspunkt der Überraschung des Gegners bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen

Die mit der Überraschung bezweckten Ziele können in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren nicht erreicht werden⁴¹¹. Eine lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügung dient als Befriedigungsverfügung⁴¹² der Durchsetzung und nicht lediglich der Sicherung⁴¹³ der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs. Die Durchsetzung des Unterlassungsgebots ist, wie sich aus § 890 ZPO ergibt, von dem Verhalten des Vollstreckungsschuldners abhängig. Die Vollstreckung von Unterlassungsverpflichtungen erfolgt gemäß § 890 ZPO durch Willensbeugung und nicht durch Vollstreckungshandlungen gegen den Willen des Vollstreckungsschuldners, deren Erfolg er vereiteln könnte. Ein zuvor bereits außergerichtlich im Wege der Abmahnung beanstandetes Verhalten wird der Antragsgegner regelmäßig erst unterlassen, sobald er infolge der Vollziehung der e.V. hierzu angehalten wird. Vereitelungsmaßnahmen sind in Fällen, in denen der Antragsteller eine dauerhafte Verhaltensänderung in Form des Unterlassens einer bestimmten geschäftlichen Handlung begehrt, kaum denkbar.

Das legitime Interesse des Antragstellers geht in diesen Fällen dahin, dass er die sofortige Unterlassung des monierten Verhaltens anstrebt. Selbst wenn lediglich die zukünftige Begehung der beanstandeten Maßnahme droht, beispielsweise bei besonders aufwändig geplanten Maßnahmen, wie der Markteinführung eines wichtigen Produkts, besteht grundsätzlich kein berechtigtes Interesse des Antragstellers daran, die Durchführung einer Maßnahme erst zu einem Zeitpunkt zu verhindern, zu dem deren Planung bereits ein fortgeschrittenes Stadium erreicht hat und der Antragsgegner bereits erhebliche finanzielle Investitionen getätigt und personelle Kapazitäten in die Planung investiert hat. Sofern ein Antragsteller durch möglichst langes Zuwarten mit der Zustellung und der Vollziehung einer e.V. auf Unterlassung auch das Ziel verfolgt, bei dem Antragsgegner einen größtmöglichen Schaden anzurichten, so entspricht dies nicht Sinn und Zweck der genannten Regelungen. Der Rechtsschutz wird nicht effektiver, sondern nur beeinträchtigender. In lauterkeitsrechtlichen Verfahren, in denen häufig Mitbewerber gegeneinander vorgehen, besteht ein erheblicher Anreiz, das Überraschungsmoment in der dargelegten Weise zu nutzen, da es sich auf die eigene Wettbewerbsstellung positiv auswirken kann, wenn sich die von einem

⁴¹¹ Vgl. *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 3, der in Bezug auf § 922 Abs. 3 ZPO anführt, dass die Vorschrift den auf die eigentliche Leistung abzielenden Unterlassungsverfügungen nicht gerecht wird.

⁴¹² Siehe die Nachweise unter Fn. 139.

⁴¹³ Eine Sicherung ist bei Unterlassungsansprüchen nicht möglich, vgl. die Nachweise unter Fn. 595.

Mitbewerber getätigten Investitionen nicht durch die geschäftliche Tätigkeit am Markt realisieren lassen.

Durch die Regelungen der §§ 937 Abs. 2 und 922 Abs. 2 i.V.m. 936 ZPO wird zudem die bedenkliche⁴¹⁴ Möglichkeit eröffnet, sog. Vorrats- oder Schubladenverfügungen zu nutzen, was in der lauterkeitsrechtlichen Praxis nicht unüblich ist.⁴¹⁵ Hierbei wird zunächst eine Unterlassungsverfügung im Beschlussverfahren erwirkt und erst daraufhin eine Abmahnung ausgesprochen.⁴¹⁶ Dabei kann der Abmahnende entweder zu erkennen geben, dass er bereits eine e.V. erwirkt hat, oder dies verschweigen.⁴¹⁷ Legt der Abmahnende offen, dass er bereits eine e.V. erwirkt hat, fungiert diese primär als Drohmittel. Dem Gegner wird zu erkennen gegeben, dass Widerstand zwecklos ist und sich auch eine Schutzschrift erübrigt. Für den Antragsteller kann dies von Vorteil sein, um in den Genuss der Vorteile einer vertragsstrafenbewehrten Unterlassungsverpflichtung im Vergleich zur Vollstreckungsmöglichkeit nach § 890 ZPO zu kommen.⁴¹⁸ Verschweigt der Abmahnende, dass er bereits eine Beschlussverfügung erwirkt hat, verfolgt er damit regelmäßig das Ziel, gegenüber dem Abgemahnten die Abmahnkosten geltend machen zu können⁴¹⁹, obwohl ein Erstattungsanspruch nicht besteht, weil die Abmahnung nach bereits erwirkter Beschlussverfügung entbehrlich, und damit nicht erforderlich i.S.v. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG, war⁴²⁰.

gg.) Einseitigkeit der richterlichen Hinweispflicht im Beschlussverfahren

Die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO gilt auch in zivilprozessualen Eilverfahren.⁴²¹ Dies folgt bereits aus der Stellung der Norm im ersten Buch der ZPO „Allgemeine Vorschriften“. Die Verpflichtung kommt den Parteien eines Gerichtsverfahrens grundsätzlich gleichermaßen zugute. Da der Antragsgegner an einem zivilprozessualen Eilverfahren vor

⁴¹⁴ Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 1.59 („Unsitte“); Teplitzky, Kap. 54, Rn. 24a, vgl. die dortigen Nachweise in Fn. 151 mit Nachweisen zur gegenteiligen Ansicht; a.A. Spätgens in FS für Loschelder, S. 355, 357 ff.

⁴¹⁵ Vgl. Teplitzky, Kap. 54, Rn. 24a.

⁴¹⁶ Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 8; Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 1.58; Teplitzky, Kap. 54, Rn. 24a; Schulz, WRP 2007, 589, 590.

⁴¹⁷ Schulz, WRP 2007, 589, 591; Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 8.

⁴¹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 3.), S. 36.

⁴¹⁹ Schulz, WRP 2007, 589, 592.

⁴²⁰ Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 1.82a; OLG München, Urteil vom 09.03.2006, 29 U 4994/05, GRUR-RR 2006, 176 – *Schubladenverfügung*; BGH, Urteil vom 07.10.2009, I ZR 216/07, GRUR 2010, 257, 258 – *Schubladenverfügung*; a.A. Piper/Ohly/Sosnitza, § 12, Rn. 9; Weisert, WRP 2007, 504, 506; Schulz, WRP 2007, 589, 592 f.

⁴²¹ Borck, WRP 1977, 457, 458.

der Entscheidung des Gerichts über die Wahl der Verfahrensart (Beschluss- oder Urteilsverfahren) und an einem Beschlussverfahren nicht beteiligt wird und normalerweise keine Kenntnis von der Rechtshängigkeit des Verfahrens hat, kommt die Hinweispflicht hier ausschließlich dem Antragsteller zugute.

Im Lauterkeitsverfahrensrecht entspricht es gängiger Praxis⁴²², dass ein Antragsteller nach der Einreichung seines Verfügungsgesuchs Kontakt zu dem befassen Gericht aufnimmt und mit diesem die Erfolgsaussichten des Gesuchs erörtert. Für den Antragsteller ist hierbei insbesondere von Interesse, ob das Gericht das Verfügungsgesuch für zulässig und begründet erachtet und ob es beabsichtigt, über das Gesuch im Beschlussweg oder aufgrund mündlicher Verhandlung zu entscheiden.⁴²³ Durch die Hinweise des Gerichts wird die ohnehin bereits massiv privilegierte Position des Antragstellers gegenüber dem Antragsgegner weiter verbessert.⁴²⁴ Der gewichtigste Vorteil gerichtlicher Hinweise besteht in der hierdurch für den Antragsteller eröffneten Möglichkeit eines „forum-shoppings“.⁴²⁵ Die von den Gerichten in diesem Zusammenhang abgegebenen Hinweise über die vorläufige Einschätzung der Sach- und Rechtslage ermöglichen es dem Antragsteller, sich auf die Auffassung des Gerichts einzustellen und sein prozessuales Vorgehen daran auszurichten. Insofern ist die Hinweispflicht nach § 139 ZPO unerlässliche Voraussetzung für eine gewichtige Privilegierung des Antragstellers.

Für das befassende Gericht kann ein Hinweis auf die schlechten Erfolgsaussichten den Vorteil haben, dass er eine Rücknahme des Verfügungsgesuchs zur Folge hat und das jeweilige Verfahren für das Gericht damit seine Erledigung findet.

⁴²² Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 429.

⁴²³ Vgl. *Teplitzky*, GRUR 2008, 34, 37; *Ahrens/Scharen*, Kap. 51, Rn. 33; *Borck*, WRP 1977, 457, 460.

⁴²⁴ *Teplitzky* in FS für Loschelder, S. 391, 392 in Fn. 3.

⁴²⁵ Siehe diesbezüglich die nachfolgenden Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff., die Zulässigkeit eines „forum-shoppings“ ist zwar umstritten in der Rspr. der Oberlandesgerichte. Ein Antragsteller hat durch sein regelmäßig eröffnetes Wahlrecht nach § 35 ZPO allerdings die Möglichkeit, ein Gericht auszuwählen, das die für ihn günstige Rechtsansicht vertritt.

hh.) Wiederholte Verfügungsgesuche - Möglichkeit der Rücknahme von Verfügungsgesuchen

Nach herrschender Ansicht⁴²⁶ findet die Regelung des § 269 Abs. 1 ZPO auf Verfügungsgesuche insoweit keine Anwendung, als diese, unabhängig vom Willen des Antragsgegners, bis zur Rechtskraft einer ergangenen Entscheidung zurückgenommen werden können.

Weniger einheitlich wird die Frage beantwortet, ob ein Antragsgegner nach der Rücknahme eines Verfügungsgesuchs dasselbe Begehren erneut gerichtlich geltend machen kann (insbesondere bei einem anderen Gericht), oder ob das zweite Verfügungsgesuch keine Aussicht auf Erfolg hat, weil es ihm an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis oder dem Verfügungsgrund der Dringlichkeit mangelt. Weitgehende Einigkeit besteht noch darüber, dass ein Verfügungsgesuch unzulässig ist, das nach der Zurückweisungsentscheidung eines zuerst befassen Gerichts bei einem zweiten Gericht eingereicht wird, anstatt dass Beschwerde bei dem übergeordneten OLG eingelegt wird.⁴²⁷ Umstritten ist diesbezüglich, ob die Unzulässigkeit auf dem mangelnden Rechtsschutzinteresse des Antragstellers oder einer Selbstwiderlegung der Dringlichkeitsvermutung beruht.⁴²⁸

Umstritten ist insbesondere die Bewertung der Konstellation, dass ein Verfügungsgesuch zunächst bei Gericht eingereicht wird, vor der Entscheidung des Gerichts Rücksprache mit demselben gehalten wird, und das Gesuch ggf. zurückgenommen und bei einem anderen zuständigen Gericht anhängig gemacht wird, wenn das zuerst befassende Gericht die Unterlassungsverfügung nicht bzw. nicht im Beschlussweg erlassen will (sog. „forum-shopping“). Diese Vorgehensweise, die als üblich bezeichnet werden muss⁴²⁹, wirkt sich

⁴²⁶ Retzer in Harte/Henning, § 12, Rn. 460; Zöller/Vollkommer, § 920, Rn. 13; MüKoZPO/Drescher, § 920, Rn. 11; Schuschke/Walker, § 920, Rn. 12; Ganslmayer, S. 44; Teplitzky, Kap. 55, Rn. 1a; Piper/Ohly/Sosnitzer, § 12, Rn. 125; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt H, Rn. 324, m.w.N.; Grunsky, JuS 1976, 277, 280; Ahrens/Schmukle, Kap. 45, Rn. 47; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt A, Rn. 47 und 494; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1200; Klaka, GRUR 1979, 593, 599; OLG München, Urteil vom 21.10.2010, 29 U 2787/10, GRUR-RR 2011, 462 - *Bogner B*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.07.1982, 2 U 54/82, NJW 1982, 2452 mit Erörterung der nachfolgenden Gegenansicht; nach a.A., welche die Gegenmeinung jedoch als herrschend anerkennt, ist § 269 Abs. 1 ZPO zumindest im Urteilsverfahren anzuwenden: Ahrens/Jestaedt, Kap. 49, Rn. 14 f.; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 99.

⁴²⁷ Beyerlein, WRP 2005, 1463, 1467 ff.; Teplitzky, Kap. 54, Rn. 24b, GRUR 2008, 34, 38; Danckwerts, GRUR 2008, 763, 766; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.11.1992, 4 U 144/92, GRUR 1993, 135 - *Neuer Verfügungsantrag*; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 22.03.2001, 6 W 67/01, GRUR-RR 2002, 44 - *Eilantrag*; OLG München, Beschluss vom 09.02.2005, 29 W 798/05; OLG Frankfurt, Urteil vom 14.07.2005, 16 U 23/05, GRUR 2005, 972; a.A. Ahrens/Schmukle, Kap. 45, Rn. 47; wohl ebenso Zöller/Vollkommer, § 921, Rn. 13.

⁴²⁸ Siehe Teplitzky, Kap. 54, Rn. 24b, m.w.N. zu beiden Begründungen.

⁴²⁹ Vgl. Danckwerts, GRUR 2008, 763, 766; Teplitzky, Kap. 54, Rn. 24b und GRUR 2008, 34, 37 f.; Nordemann, Rn. 1560 und 1570; Borck, WRP 1977, 457, 460; Nirk/Kurtze, Rn. 344;

unverkennbar zulasten des Antragsgegners aus.⁴³⁰ Sie kann im Bedarfsfall, i.R.d. zeitlichen Grenzen der Dringlichkeitsvermutung, so lange wiederholt werden, bis ein Gericht das Gesuch für begründet erachtet. Um nicht der Vollziehung aus der Unterlassungsverfügung ausgesetzt zu sein, ist es für den Antragsgegner erforderlich, in sämtlichen Verfügungsverfahren zu obsiegen. Der Antragsteller kann sein Ziel eines Unterlassungstitels hingegen bereits dadurch erreichen, dass eines der befassenen Gerichte sein Verfügungsgesuch für begründet erachtet. Er kann sich somit mehrere Gelegenheiten verschaffen, um seinem Unterlassungsbegehren zur gerichtlichen Durchsetzung zu verhelfen.⁴³¹ Folgt man aus dieser Vorgehensweise nicht die Unzulässigkeit des nachfolgend eingeleiteten Verfahrens⁴³², ergibt sich eine erhebliche Diskrepanz zu Hauptsacheverfahren. Dort ist ein Beklagter durch das Erfordernis seiner Einwilligung zur Klagerücknahme (§ 269 Abs. 1 ZPO) davor geschützt, dass der Kläger die Erfolgsaussichten seines Begehrens bei mehreren verschiedenen Gerichten auslotet, indem er seine Klage zurücknimmt und bei einem

Schmidhuber/Haberer, WRP 2013, 436; Hilgard, S. 9, der Beispielsfälle anführt, nach denen die Erfolgsquote lauterkeitsrechtlicher Verfügungsgesuche bei einzelnen Gerichten 100% beträgt, da das Gericht dem Antragsteller in den verbleibenden Fällen stets die Rücknahme angeraten hat; OLG Hamburg, Urteil vom 06.12.2006, 5 U 67/06, GRUR 2007, 614, 615; Oberheim, Rn. 408, der dort ausdrücklich als „Praxistipp“ ausführt: „Nach der Antragstellung sollte der Anwalt (telefonisch) erreichbar sein und hierauf in der Antragsschrift besonders hinweisen. Denn häufig hat der Richter noch ergänzende Fragen bzw. weist auf einzelne fehlende Voraussetzungen hin, die meistens leicht beigebracht werden können...Es kann deshalb nützlich sein, kurz nach Einreichung des Antrages selbst telefonisch beim Richter über die Erfolgsaussichten nachzufragen...Wenn dann etwaige Bedenken des Gerichts gegen den Erlass nicht beseitigt werden können, ist eine Rücknahme und dann eine erneute Antragstellung vor einem anderen Richter (bei einem anderen Gericht, zu einem späteren Zeitpunkt oder bei einem Bereitschaftsrichter am Wochenende) zu erwägen. Dadurch erhält man die Chance, dass vielleicht der andere Richter die Rechtslage im Sinne des Antragstellers beurteilt oder die Voraussetzungen einfach nicht ganz so genau prüft. Hingegen kann ein zurückgewiesener Antrag nicht wiederholt werden...“.

⁴³⁰ Teplitzky in FS für Loschelder, S. 398 ff.

⁴³¹ Vgl. Borck, WRP 1977, 457, 460; Schmidhuber/Haberer, WRP 2013, 436; Teplitzky in FS für Loschelder, S. 391, 392 in Fn. 3 und S. 399 f.

⁴³² OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.04.2004, I-20 U 18/04, GRUR-RR 2005, 102, 102 f. - *Elektrischer Haartrockner*; Urteil vom 13.04.2006, U (Kart) 23/05, GRUR 2006, 782, 785 - *Lottofonds*; OLG Hamburg, Urteil vom 07.03.2002, 3 U 325/01, GRUR-RR 2002, 226 – *berlin location*; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.03.1995, 6 W 6/95, WRP 1995, 649, 650 - *Mißbräuchliche Mehrfachverfolgung*; OLG Hamburg, Urteil vom 26. 11. 2009, 3 U 60/09, WRP 2010, 790, 792 - *doppelte Rechtshängigkeit eines Verfügungsantrages* (letzter Absatz); Fezer/Büscher, § 12, Rn. 87; Ahrens/Schmukle, Kap. 45, Rn. 47; Beyerlein, WRP 2005, 1463, 1467 f.; Klute, NJW 2008, 2965, 2971; Nordemann, Rn. 1560 und 1570; a.A. OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.03.2001, 6 W 67/01, GRUR-RR 2002, 44 - *Eilantrag*; OLG Frankfurt, Urteil vom 14.07.2005, 16 U 23/05, GRUR 2005, 972 – *Forum Shopping*; OLG Hamburg, Urteil vom 06.12.2006, 5 U 67/06, GRUR 2007, 614, 615 – *forum shopping*; OLG München, Beschluss vom 27.12.2010, 6 U 4816/10, WRP 2011, 364, 365 f. - *Programmpaket LIGA total!*; Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 3.16a; Teplitzky, Kap. 54, Rn. 24b; ders., GRUR 2008, 34, 38; ders. in FS für Loschelder, S. 398 ff.; Danckwerts, GRUR 2008, 763, 766 f.; Götting/Nordemann/Kaiser, § 12, Rn. 140 und 166; Berneke, Rn. 84; Schmidhuber/Haberer, WRP 2013, 436, 439 ff.

anderen Gericht einreicht, wenn das zuerst befassende Gericht zu erkennen gibt, dass es der Klage nicht stattgeben wird.

Durch den für Mitbewerber eröffneten fliegenden Gerichtsstand und das Wahlrecht aus § 35 ZPO besteht die Möglichkeit, sich die oben zitierten Unterschiede in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zunutze zu machen, indem der Antragsteller nur Gerichte mit wiederholt gestellten Verfügungsgesuchen befasst, die ein „forum-shopping“ nicht für zulässigkeits-schädlich erachten.

Wird ein Verfügungsgesuch zurückgewiesen, so kann ein Antragsteller dieses nach vorherrschender Ansicht unter bestimmten Bedingungen erneut geltend machen, ohne dass dem die Existenz der prioritären Entscheidung entgegenstünde.

Beruhet die Zurückweisung des Verfügungsgesuchs auf der mangelnden Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes der Dringlichkeit bzw. der Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung, so verbleibt dem Antragsteller nach h. A.⁴³³ die Möglichkeit, das Verfügungsgesuch erneut einzureichen und in diesem den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Hierbei soll es zudem irrelevant sein, ob die Tatsachen, welche die Dringlichkeit begründen, neu entstanden sind oder bereits zuvor hätten geltend gemacht werden können.⁴³⁴

Wird ein Verfügungsgesuch mangels (glaubhaft gemachtem) Verfügungsanspruch zurückgewiesen, soll es für die Zulässigkeit eines zweiten Gesuchs unerheblich sein, ob dieses zur Begründung auf objektiv neue Tatsachen gestützt wird, ob der neue Sachenvortrag nur für den Antragsteller (subjektiv) neu ist⁴³⁵ oder ob der bisherige Sachvortrag lediglich mit neuen Mitteln glaubhaft gemacht werden soll⁴³⁶. Ein neues Mittel der Glaubhaftmachung kann sich ein Antragsteller insbesondere durch eine neue eidesstattliche Versicherung unschwer und rasch beschaffen. Dieses ermöglicht dann nicht

⁴³³ Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 17.

⁴³⁴ Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 17; a.A. MüKoZPO/Drescher, vor § 916, Rn. 31.

⁴³⁵ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 17; a.A. KG, Urteil vom 07.07.1978, 4 U 1707/78, MDR 1979, 64.

⁴³⁶ Schuschke/Walker, § 920, Rn. 12; Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 18, m.w.N.; Walker, Rn. 165; OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.08.1977, 6 U 115/77, GRUR 1978, 116, 117 – DTOS; Stürner, ZZP 125 (2012) 3, 20, m.w.N. auch zu den anderen Ansichten; Berneke, Rn. 94, nach dem indes erforderlich ist, dass die Tatsachen dem Antragsteller erst nachträglich bekannt geworden sind oder ihm erst nachträglich Glaubhaftmachungsmittel zur Verfügung stehen, die im ersten Verfahren nicht vorgebracht werden konnten; Wieczorek/Schütze/Thümmel, vor § 916, Rn. 16; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935, Rn. 15, nach dem ebenfalls erforderlich ist, dass erst nachträglich vorgebrachte Glaubhaftmachungsmittel im ersten Verfahren nicht vorgebracht werden konnten.

nur die gerichtliche Überprüfung, ob aufgrund des neuen Mittels der Glaubhaftmachung eine anderweitige Entscheidung der Sache geboten ist, sondern ermöglicht es, eine komplett neue gerichtliche Bewertung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einzuholen. Nach teilweise vertretener Ansicht berechtigt auch eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Verfahrenswiederholung⁴³⁷. Begründet wird diese Privilegierung des Antragstellers mit der Erwägung, dass von einem Antragsteller eines Eilverfahrens nicht die gleiche Sorgfalt bei der Beschaffung der Glaubhaftmachungsmittel erwartet werden könne, wie von einem Kläger in einem Hauptsacheverfahren.⁴³⁸

Selbst wenn ein Verfügungsgesuch erfolgreich war, soll es dem Antragsteller bei Versäumung der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 (i.V.m. § 936) ZPO grundsätzlich frei stehen, ein zweites Verfügungsverfahren mit identischem Ziel durchzuführen.⁴³⁹

ii.) Keine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen eine e. V.

Eine weitere Privilegierung des Antragstellers besteht darin, dass einem Widerspruch gegen eine erlassene e.V. gemäß §§ 924 Abs. 3, 936 ZPO kein Suspensiveffekt zukommt.⁴⁴⁰ Für die Vollziehbarkeit der Unterlassungsverfügung ist der Widerspruch daher grundsätzlich irrelevant, er vermag den Antragsgegner nicht vor der Vollziehung zu schützen⁴⁴¹. Dem Widersprechenden bleibt nur die Möglichkeit, einen Antrag auf Einstellung bzw. Beschränkung der Vollziehung nach §§ 936, 924 Abs. 3, 707 ZPO zu stellen. Bei Unterlassungsverfügungen soll eine Aussetzung der Vollziehung nach teilweise vertretener Ansicht aber nicht möglich sein.⁴⁴² Nach anderer Ansicht⁴⁴³ soll die Aussetzung grundsätzlich möglich sein, wobei von Vertretern der Ansicht auch geltend gemacht wird, dass dies bei

⁴³⁷ Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 18.

⁴³⁸ Berneke, Rn. 94; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 17.

⁴³⁹ BVerfG, Beschluss vom 27.04.1988, 1 BvR 549/87, NJW 1988, 3141; OLG Frankfurt, Urteil vom 25.07.1968, 16 U 74/68, NJW 1968, 2112, 2113; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 163; Teplitzky, Kap. 55, Rn. 51 (unter Hinweis auf das fortbestehende Dringlichkeitserfordernis); Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 23; Schuschke/Walker, § 929, Rn. 35; Schuschke/Walker, § 922, Rn. 36; a.A. Berneke, Rn. 84; differenzierend KG, Urteil vom 21.05.1991, 9 U 1164/90, NJW-RR 1992, 318.

⁴⁴⁰ Schuschke/Walker, § 924, Rn. 18; Walker, Rn. 522; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 924, Rn. 1; May, S. 76.

⁴⁴¹ Pastor, WRP 1972, 229, 230.

⁴⁴² OLG Köln, Urteil vom 11.10.1973, 6 U 143/73, WRP 1973, 665; OLG Nürnberg, Beschluss vom 01.09.1982, 3 W 2627/82, GRUR 1983, 469, 470.

⁴⁴³ BGH, Beschluss vom 21.05.1997, I ZB 7/97, NJW-RR 1997, 1155 (grundsätzlich möglich aber regelmäßig ausgeschlossen); OLG Celle, Beschluss vom 28.07.1986, 9 W 86/86, NJW-RR 1987, 190; Schuschke/Walker, § 924, Rn. 21; Zöller/Vollkommer, § 924, Rn. 13; Stein/Jonas/Grunsky, § 924, Rn. 24.

Befriedigungsverfügungen, aufgrund des Erfordernisses der Interessenabwägung⁴⁴⁴, bei der die Interessen des Antragsgegners bereits hinreichend berücksichtigt würden, nur in offensichtlichen Fällen möglich sei⁴⁴⁵.

Die Vorschrift des § 923 ZPO, die eine Hemmung der Vollziehung gegen Sicherheitsleistung ermöglicht, ist auf e.V.'en nicht anwendbar.⁴⁴⁶ Besondere Umstände, die eine Aufhebung gegen Sicherheitsleistung nach § 939 ZPO gestatten würden, liegen nur vor, wenn ausnahmsweise der Zweck der e.V. auch durch Sicherheitsleistung vollständig erreicht wird, was primär der Fall ist, wenn der mit einer Sicherungsverfügung verfolgte Anspruch primär vermögensrechtlicher Natur ist⁴⁴⁷. Bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen kommt eine Aufhebung nach dieser Vorschrift daher grundsätzlich nicht in Betracht.

Im Gegensatz zu einem Antragsteller bei der Erwirkung einer e.V. im Beschlussverfahren ist ein Antragsgegner nach dem Erlass der Entscheidung damit auf eine mündliche Verhandlung zur Beseitigung der Unterlassungsverfügung angewiesen. Außer Betracht bleibt, ob die Aufhebung der Entscheidung für den Antragsgegner dringlich ist.

Gerade im schnelllebigen geschäftlichen Verkehr kann die mangelnde Möglichkeit einer raschen Beseitigung zur Folge haben, dass bereits vollendete Tatsachen geschaffen wurden oder ein irreparabler Schaden eingetreten ist.⁴⁴⁸

Sofern sich die konkret untersagte Maßnahme zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch bereits erledigt hat, kann der Antragsgegner nur noch erreichen, dass dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens auferlegt werden. Insbesondere kann das beschrittene Verfügungsverfahren auch nicht dazu genutzt werden, um etwaige Folgeansprüche, wie bspw. einen Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO, geltend zu machen.

⁴⁴⁴ Siehe diesbezüglich Abschnitt B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

⁴⁴⁵ Schuschke/Walker, § 924, Rn. 21; ähnlich Stein/Jonas/Grunsky, § 924, Rn. 24 (bei Unterlassungsverfügungen nur in Ausnahmefällen).

⁴⁴⁶ Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 936, Rn. 9; Schuschke/Walker, § 936, Rn. 2.

⁴⁴⁷ Schuschke/Walker, § 924, Rn. 2; Stein/Jonas/Grunsky, § 939, Rn. 1.

⁴⁴⁸ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 76, Rn. 27; Dütz, BB 1980, 533, 537; May, S. 2; Dunkl in FS für Buchner, S. 201; vgl. auch Piehler, S. 36.

c.) Gesetzliche Vermutung des Verfügungsanspruchs

Hinsichtlich der Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.⁴⁴⁹ Diese prozessuale Besonderheit des Lauterkeitsrechts begünstigt einseitig den Anspruchsteller und erleichtert die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen im Wege der e.V.

d.) Schaffung vollendeter Tatsachen durch unberechtigte einstweilige Verfügungen

Vollendete Tatsachen können im Lauterkeitsrecht einerseits dadurch geschaffen werden, dass unlautere Handlungen mangels (rechtzeitigem) Erlass einer Unterlassungsverfügung nicht bzw. nicht rechtzeitig untersagt werden können. Andererseits können vollendete Tatsachen aber auch zulasten des Anspruchsgegners geschaffen werden, indem ihm die Vornahme geschäftlicher Handlungen ungerechtfertigt im Wege der e.V. untersagt wird.⁴⁵⁰ Ist es dem Anspruchsgegner nicht möglich, den Erlass einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung durch eine Schutzschrift zu verhindern⁴⁵¹ oder die e.V. vor dem Eintritt vollendeter Tatsachen in einem Rechtsbehelfsverfahren aufheben zu lassen⁴⁵², so bleibt ihm effektiver Primärrechtsschutz gegen die Beeinträchtigung seiner Geschäftstätigkeit durch die ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung versagt. Statt einer rechtzeitigen Abwehr der Beeinträchtigung verbleibt dem Anspruchsgegner dann nur die Kompensation des durch die Beeinträchtigung erlittenen Schadens nach § 945 ZPO⁴⁵³.

e.) Verfahrensrechtliches Privileg bei der Inanspruchnahme gesetzlich vorgesehener Instrumentarien zur Anspruchsdurchsetzung

Oben⁴⁵⁴ wurde bereits dargelegt, dass Rechtsschutz gegen gerichtliche Maßnahmen des Rechtsschutzes grundsätzlich ausgeschlossen ist, damit der Zugang zu den Gerichten nicht beschränkt werden kann. Es ist somit bspw. nicht möglich, einen Unterlassungsanspruch mit dem Inhalt durchzusetzen, dass dem Gegner die (ungerechtfertigte) gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs untersagt wird.⁴⁵⁵ Dieser Grundentscheidung ist

⁴⁴⁹ Siehe die Ausführungen unter A.) V.) 1.), S. 28 ff.

⁴⁵⁰ Siehe hierzu obige Ausführungen und Nachweise unter A.) V.) 9.), S. 56 ff.

⁴⁵¹ Siehe die Ausführungen unter A.) V.) 5.), S. 41 ff.

⁴⁵² Siehe zu den verschiedenen Möglichkeiten der Aufhebung e.V.'en Abschnitt B.) II.) 2.) d.), S. 106 ff.

⁴⁵³ Siehe diesbezüglich nachfolgende Ausführungen unter B.) II.) 2.) c.), S. 102 ff.

⁴⁵⁴ Siehe Abschnitt B.) I.) 3.), S. 70 ff.

⁴⁵⁵ BGHZ 164, 1, 7 f. – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

zuzustimmen. Der Justizgewährungsanspruch verlangt, dass den Rechtsunterworfenen der Zugang zu den Gerichten zum Schutz ihrer Rechtspositionen grundsätzlich offen stehen muss.⁴⁵⁶ Im Rahmen der initiierten Rechtsschutzverfahren gewährleisten die zivilprozessualen Verfahrensgarantien, dass die Belange beider Parteien grundsätzlich gleichermaßen berücksichtigt werden und den Rechtsschutzverfahren kein gravierendes Fehlentscheidungsrisiko innewohnt.

In lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren ist die prozessuale Stellung der Beteiligten allerdings sehr ungleich ausgestaltet. Diese ungleiche Ausgestaltung und die Besonderheiten des Verfügungsverfahrens führen zu einem erhöhten Fehlentscheidungsrisiko⁴⁵⁷ und somit zur Gefahr einer unberechtigten Anspruchsdurchsetzung. Wäre es dem Anspruchsgegner möglich, Fehlentscheidungen bereits im Vorfeld zu verhindern, so könnte er hierdurch seine materielle Rechtsposition schützen. Trotz dieser potentiellen Schutzmöglichkeit darf Schutz nicht dadurch gewährt werden, dass gerichtlicher Rechtsschutz gegen Maßnahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes eröffnet wird. Die Berücksichtigung der Belange der Parteien hat grundsätzlich im Verfahren über die Entscheidung in der Sache zu erfolgen. Gesonderte Rechtsschutzverfahren gegen Maßnahmen des Rechtsschutzes würden zu einer Vervielfachung von Rechtsschutzverfahren führen und wiederum vorgelagerte Maßnahmen des Rechtsschutzes provozieren.

Dem Anspruchsteller gereicht es zum Vorteil, dass er an der Durchführung eines Rechtsschutzverfahrens, das ihn stark begünstigt und mit einem erheblichen Fehlentscheidungsrisiko zulasten des Anspruchsgegners verbunden ist, nicht gehindert werden kann. Selbiges gilt in Bezug auf die Konsequenzen unberechtigter Abmahnungen im Lauterkeitsrecht⁴⁵⁸.

f.) Kostenbelastung des Antragsgegners

Die Vorteile, die das Verfügungsverfahren für den Antragsteller in der Sache hat, wirken sich für diesen auch in kostenrechtlicher Hinsicht aus. § 91 ZPO hat zur Folge, dass sich der zumindest anfängliche Erfolg in der Sache im Regelfall auch in der Kostenentscheidung niederschlägt. Diese Belastung trifft den Antragsgegner in geringerem Maße als die Unterlassungsverpflichtung, insbesondere ist diesbezüglich eine Rückforderung vollstreckter

⁴⁵⁶ Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 1.

⁴⁵⁷ Siehe die Nachweise unter Fn. 356.

⁴⁵⁸ Siehe hierzu obige Ausführungen unter B.) I.) 3.) a.), S. 70 ff.

Forderungen grundsätzlich möglich. Für einen Antragsgegner kann die Kostenverpflichtung aber einen zusätzlichen Nachteil darstellen, wenn er sich gegen eine Unterlassungsverfügung nicht (mehr) wehrt, weil er das Interesse an der beanstandeten geschäftlichen Handlung verloren hat, obwohl er diese für lauter erachtet. In diesem Fall kommen dem Antragsteller nicht nur die Vorteile des Verfügungsverfahrens zugute, er profitiert auch in kostenrechtlicher Hinsicht von der Zeitgebundenheit von Unterlassungsansprüchen.

2.) Vorteile der Rechtsposition des Antragsgegners

a.) Rechtsinstitut der Schutzschrift

Zu dem Rechtsinstitut der Schutzschrift wurde oben bereits eingehend Stellung genommen.⁴⁵⁹ Auf diese Ausführungen wird verwiesen. In vorliegendem Rahmen sei allerdings nochmals darauf hingewiesen, dass die Schutzschrift dem Antragsgegner die Möglichkeit der Berücksichtigung seines Vortrags im einseitigen Beschlussverfahren ermöglichen kann, im Gegenzug aber auch zu Nachteilen für den Antragsgegner führen kann.

b.) Darlegungs- und „Glaubhaftmachungslast“ des Antragstellers für das Nichtvorliegen anspruchshindernder Tatsachen im einseitigen Verfahren

Die Darlegungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast befasst sich mit der Frage, welche Partei bestimmte Tatsachen darzulegen und zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen hat, wenn die Existenz dieser Tatsachen zwischen den Parteien in Streit steht.

Wird über ein Verfügungsgesuch oder einen Widerspruch gegen eine im Beschlussweg ergangene e.V. durch mündliche Verhandlung entschieden, greifen die allgemeinen Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast ein.⁴⁶⁰ In einseitigen Beschlussverfahren ist die Situation komplexer.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Siehe die Ausführungen unter A.) V.) 5.), S. 41 ff.

⁴⁶⁰ *Kur*, S. 131; *Seiler* in Thomas/Putzo, Vorbem § 916, Rn. 9; *Melullis*, Rn. 191a; *Schuschke/Walker*, vor § 916 – 945, Rn. 50; *Laumen* in Prütting/Gehrlein, § 294, Rn. 5; a.A. *Hirtz*, NJW 1986, 110, 113.

⁴⁶¹ Sehr eingehend *Walker*, Rn. 307 f. und 630 ff.

Ob Tatsachen zwischen den Parteien strittig sind, ist für das Gericht im Beschlussverfahren regelmäßig nicht ersichtlich.⁴⁶² Ein Antragsgegner, der keine Kenntnis von einem eingereichten Verfügungsgesuch hat, kann den darin enthaltenen Tatsachenvortrag des Antragstellers nicht bestreiten.

Die h.M. begnügt sich hinsichtlich der Verteilung der Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast weder damit, dem Antragsteller nur die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast für die anspruchsbegründenden Tatsachen aufzuerlegen, noch bürdet sie dem Antragsteller die Last auf, das Nichtvorliegen aller möglichen negativen Tatsachen darzulegen und glaubhaft machen zu müssen. Sie wählt eine Kompromisslösung. Als Ausgleich für die Einseitigkeit des Verfahrens soll der Antragsteller, neben sämtlichen anspruchsbegründenden Tatsachen, alle nach den Umständen des konkreten Falls als naheliegend erscheinenden negativen Tatsachen vortragen und glaubhaft machen müssen.⁴⁶³ Für die Bewertung, ob das Nichtvorliegen nach den Umständen des konkreten Falls naheliegend erscheint, bedarf das Gericht indes einer Vorstellung von dem konkreten Fall. Hierzu kann es neben dem Rückgriff auf die gerichtsbekannte Kenntnis typischer Sachverhaltskonstellationen lediglich auf das Verfügungsgesuch des Antragstellers rekurren. Somit hat dieser es wiederum in gewissem Maße in der Hand, durch geschickte Formulierung seines Verfügungsgesuchs keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von Verfahrenshindernissen, Einwendungen und Einreden aufkommen zu lassen.⁴⁶⁴ Überdies besteht nach § 921 S. 1 ZPO die Möglichkeit einer Anordnung ohne Glaubhaftmachung bestimmter Tatsachen.⁴⁶⁵

c.) Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO

Der Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO stellt nach dem gesetzlichen Leitbild der ZPO das wichtigste Instrument zur Kompensation der Privilegierungen des Antragstellers dar.⁴⁶⁶ Bei § 945 ZPO handelt es sich um eine materiell-rechtliche Haftungsanordnung⁴⁶⁷, deren

⁴⁶² Ersichtlich kann die Umstrittenheit einer Tatsache insbesondere sein, wenn dem Gericht eine Schutzschrift des Antragsgegners vorliegt oder diesem das Verfügungsgesuch vorab zur schriftlichen Stellungnahme zugeleitet wird.

⁴⁶³ Vgl. bspw. *Teplitzky*, WRP 1980, 373, 374; *ders.*, Kap. 36, Rn. 4; *Melullis*, Rn. 191a; *Seiler* in Thomas/Putzo, Vorbem § 916, Rn. 9; *Schuschke/Walker*, vor § 916 – 945, Rn. 50; *Laumen* in Prütting/Gehrlein, § 294, Rn. 5.

⁴⁶⁴ *Walker*, Rn. 652, der zutreffend anführt, dass eine Glaubhaftmachungslast bzgl. des Nichtvorliegens von Einwendungen nur entsteht, wenn der Antragsteller entsprechende Anhaltspunkte durch sein eigenes Verfügungsgesuch selbst liefert.

⁴⁶⁵ Siehe hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) dd.), S. 83 f.

⁴⁶⁶ Vgl. *Grunsky*, JuS 1976, 277, 280; *Borck*, WRP 1979, 274, 275.

⁴⁶⁷ *Ahrens/Loewenheim*, Kap. 69, Rn. 11; *MüKoZPO/Drescher*, § 945, Rn. 1.

Platzierung in den §§ 916 ff. ZPO ihrem engen inhaltlichen Zusammenhang mit der Vollziehung von Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes Rechnung trägt, aber nicht ihrem Charakter als materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche.⁴⁶⁸

Der Gesetzgeber hat mit der Regelung zum Ausdruck gebracht, dass die gesetzliche Ausgestaltung des Verfügungsverfahrens die Gefahr unzutreffender Entscheidungen begründet.⁴⁶⁹

Aus der Tatsache, dass eine e.V. (bzw. deren Vollziehung) im Widerspruch zur materiellen Rechtslage stehen und eine Haftung aus § 945 ZPO zur Folge haben kann, folgt, dass e.V.'en keine materiell-rechtlichen Wirkungen haben⁴⁷⁰ und die ergangenen Entscheidungen nicht in materielle Rechtskraft mit Wirkung für Hauptsacheverfahren erwachsen⁴⁷¹. Auch die Vorschrift des § 926 (i.V.m. § 936) ZPO, die es dem Antragsgegner ermöglichen soll, den erfolgreichen Antragsteller zu einer endgültigen Klärung der Sach- und Rechtslage zu zwingen⁴⁷², belegt, dass e.V.'en von Gesetzes wegen keine materiell-rechtlichen Wirkungen für das Hauptsacheverfahren zukommen⁴⁷³, abweichende Hauptsacheentscheidungen vielmehr weiterhin möglich bleiben.

Ähnliche gesetzliche Haftungsregelungen finden sich in den §§ 717 Abs. 2, 302 Abs. 4 S. 3 sowie 600 Abs. 2 i.V.m. 302 Abs. 4 S. 3 ZPO.⁴⁷⁴ Im Vergleich zu diesen Vorschriften handelt es sich bei § 945 ZPO um die gravierendste Haftungsanordnung, da eine e.V. auf wesentlich unsicherer Grundlage beruht als die den anderen Haftungsanordnungen zugrunde liegenden Entscheidungen⁴⁷⁵. Anders als bei den genannten Regelungen kann die Vollstreckbarkeit von e.V.'en, insbesondere wenn sie im Beschlusswege ergehen, nicht mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Entscheidungen begründet werden. Zwar setzt die Glaubhaftmachung der relevanten Tatsachen voraus, dass deren Vorliegen vom Gericht als

⁴⁶⁸ MüKoZPO/Drescher, § 945, Rn. 1.

⁴⁶⁹ Grunsky, JuS 1976, 277, 280; Ahrens/Ahrens, Kap. 62, Rn. 1.

⁴⁷⁰ Starek, S. 134, 2. Abs. m.w.N.; Kohler, ZZP 103 (1990) 184, 191.

⁴⁷¹ Siehe die Nachweise unter Fn. 660.

⁴⁷² Teplitzky, Kap. 56, Rn. 2; Zöller/Vollkommer, § 926, Rn. 1.

⁴⁷³ Walker, Rn. 141.

⁴⁷⁴ Vgl. Seiler in Thomas/Putzo, § 717, Rn. 6.

⁴⁷⁵ Vgl. hinsichtlich e.V. und vorläufig vollstreckbarem Urteil bzw. §§ 717 Abs. 2 und 945 ZPO: Schilken, S. 138; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 945, Rn. 1; Finken, S. 47; Jauernig, ZZP 79 (1966) 321, 338; zum Ausschluss einer parallelen Anwendbarkeit siehe Teplitzky, Kap. 36, Rn. 24.

überwiegend wahrscheinlich erachtet wurde. Allerdings gilt das Erfordernis der Glaubhaftmachung nicht uneingeschränkt (§ 921 S. 1 ZPO) und insbesondere bildet nur der vonseiten des Antragstellers vorgetragene Sachverhalt die Grundlage für die Prüfung der Glaubhaftmachung. In den Konstellationen, die den oben genannten Haftungsanordnungen zugrunde liegen, beruht der vorläufige Titel auf einer Hauptsacheentscheidung und damit auf einer nicht nur summarischen und eiligen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Den entsprechenden Titeln kommt damit eine höhere Richtigkeitsgewähr als e.V.'en zu. Mit der Glaubhaftmachung und der Möglichkeit der Entscheidung aufgrund einseitigen Parteivortrags werden im einstweiligen Rechtsschutz besonders niedrige Anforderungen an den Tatsachennachweis gestellt.

Bei der auf Befriedigung gerichteten e.V. handelt es sich um das schärfste und, aufgrund der geringen Richtigkeitsgewähr, auch gefährlichste⁴⁷⁶ Mittel der Rechtsdurchsetzung des Zivilverfahrensrechts, das gerade in seinem Hauptanwendungsbereich des Lauterkeitsverfahrensrechts besonders effektiv ausgestaltet ist.⁴⁷⁷ Mit der e.V. stellt das Gesetz dem Antragsteller ein Rechtsinstrument zur Verfügung, das eine staatlich legitimierte, unberechtigte Schädigung des Antragsgegners ermöglicht.

§ 945 ZPO kann und soll keinen Primärrechtsschutz, das heißt, Rechtsschutz gegen die angeordnete Maßnahme an sich, gewähren.⁴⁷⁸ Rechtsschutz gegen eine erlassene e.V. kann ein Antragsgegner nur durch ein Vorgehen nach den §§ 924, 926, 927 i.V.m. 936 ZPO, im Wege der Berufung oder durch eine neg. FK nach § 256 Abs. 1 Var. 2 ZPO erreichen.⁴⁷⁹ § 945 ZPO ermöglicht nur den Ausgleich entstandener Nachteile.

Die Möglichkeit der Schadenskompensation nach § 945 ZPO ist in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten allerdings eingeschränkt und kann daher oftmals nicht die Nachteile ausgleichen, zu denen die Vollziehung einer e.V. führt.⁴⁸⁰ Eine Kompensation im Wege der

⁴⁷⁶ Vgl. *Schilken*, S. 17; *Mantzourani-Tschaschnig*, S. 2; *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 14; *Mes/Bopp/Sonntag*, S. 37; *Emmerich*, § 25, Rn. 26; *Nirk/Kurtze*, Rn. 215; *Teplitzky*, GRUR 1978, 286; *Wenzel*, GRUR 1959, 414, 417; *Schellhammer*, Rn. 1958.

⁴⁷⁷ Vgl. *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 14, der die wettbewerbsrechtliche Unterlassungsverfügung als wirksame und scharfe Waffe gegen den Verletzer bezeichnet, welche die Wirkung „gewöhnlicher“ Sicherungs- und Regelungsverfügungen bei weitem übertreffe sowie BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213; *Kehl* in FS für Loschelder, S. 139.

⁴⁷⁸ Vgl. auch *Bülow*, ZZP 98 (1985) 274, 282.

⁴⁷⁹ Vgl. nachfolgende Ausführungen unter B.) II.) 2.) d.), S. 106 ff. und die Nachweise unter Fn. 501.

⁴⁸⁰ KG, Beschluss vom 26.02.1999, 25 W 3617/98, NJWE-WettbR 2000, 24; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 76, Rn. 27; vgl. *Wehlau*, Rn. 9; *Walker*, Rn. 257.

Naturalrestitution ist bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten in der Regel ausgeschlossen. Der unterlassende Antragsgegner kann nicht nachträglich so gestellt werden, als hätte er die geschäftliche Handlung nicht unterlassen.⁴⁸¹ Der maßgebliche Zeitraum ist bereits verstrichen und ein Nachholen der geschäftlichen Handlung ist faktisch nicht möglich.⁴⁸² Ebenso wie eine unterbliebene Anordnung einer Unterlassungsverfügung vollendete und irreparable Zustände schaffen kann⁴⁸³ (hier verbleibt noch die Möglichkeit, dass eine andere aktivlegitimierte Person die Unterlassungsverfügung erwirkt), wenn der geltend gemachte Anspruch besteht, führt der ungerechtfertigte Erlass und Vollzug einer Unterlassungsverfügung in der umgekehrten Konstellation in gleichem Maße zu vollendeten und irreparablen Zuständen.⁴⁸⁴ Beachtung findet diese, den Unterlassungsansprüchen eigentümliche Problematik aber primär zugunsten der Anspruchsteller. Während § 945 ZPO bei der Anordnung von Zahlungsverpflichtungen durch e.V.'en seiner Natur nach grundsätzlich geeignet ist, einen entstandenen Schaden zu kompensieren, ist dies bei e.V.'en, durch die bestimmte Verhaltensverpflichtungen auferlegt werden, oftmals nicht der Fall. Die Ausgleichsfunktion der Vorschrift wird in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten durch das Problem der Schadensbeizifferung⁴⁸⁵ beeinträchtigt⁴⁸⁶. Nach allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast obliegt es dem Geschädigten, Entstehung und Höhe des geltend gemachten Schadens darzulegen und zu beweisen.

Überdies trägt der Antragsgegner, gegen den eine Unterlassungsverfügung zu Unrecht vollzogen wurde, das Risiko, dass die Schadensersatzforderung nicht gegen den Vollziehenden durchgesetzt werden kann⁴⁸⁷, weil letzterer hierzu finanziell nicht in der Lage ist. Dieses Risiko mangelnder Solvenz wird dem Antragsgegner durch den Erlass der e.V. lediglich dann nicht aufgebürdet, wenn in der e.V. die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung angeordnet wird⁴⁸⁸ und der hierfür angesetzte Betrag ausreicht, um den Schaden auszugleichen.

⁴⁸¹ *Finken*, S. 98; vgl. diesbezüglich auch *Baur*, BB 1964, 607; *Piehler*, S. 33; KG, Urteil vom 21.05.1991, 9 U 1164/90, NJW-RR 1992, 318, 319.

⁴⁸² *Schilken*, S. 155; KG, Urteil vom 21.05.1991, 9 U 1164/90, NJW-RR 1992, 318, 319; *Mantzourani-Tschaschnig*, S. 154; *Jauernig*, ZJP 79 (1966) 321, 332; *Jestaedt*, GRUR 1985, 480, 481 f.

⁴⁸³ *Berneke*, Rn. 17.

⁴⁸⁴ Siehe die Nachweise unter Fn. 264.

⁴⁸⁵ *Schilken*, S. 19; *Walker*, Rn. 31; *May*, S. 79; *Berneke*, Rn. 51.

⁴⁸⁶ *Walker*, Rn. 31; *Hilgard*, S. 18; *Wehlau*, Rn. 9; *Borck*, WRP 1978, 435, 437 f.

⁴⁸⁷ *Finken*, S. 13; *Wehlau*, Rn. 9; *Walker*, Rn. 257.

⁴⁸⁸ Was selten geschieht, *Borck*, WRP 1978, 435, 437.

Der Antragsgegner kann sich einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung auch nicht ohne irreparable Konsequenzen widersetzen und den entstandenen Schaden nach § 945 ZPO kompensieren. Dies würde voraussetzen, dass der Antragsgegner nach § 945 ZPO Kompensation für verhängte Ordnungsmaßnahmen verlangen könnte. Der Antragsgegner kann vom Antragsteller indes weder Erstattung eines verhängten Ordnungsgeldes⁴⁸⁹ noch einen Ersatz für verhängte Ordnungshaft⁴⁹⁰ verlangen.

d.) Möglichkeiten zur Beseitigung von e.V.'en

Im Vergleich zu Hauptsacheurteilen weisen e.V.'en eine wesentlich geringere Rechtsbeständigkeit auf, unabhängig davon, ob sie in Form eines Beschlusses oder eines Urteils ergehen.⁴⁹¹ Hierdurch wird zwei Charakteristika des einstweiligen Rechtsschutzes Rechnung getragen. Einerseits der Tatsache, dass e.V.'en aus einem Erkenntnisverfahren⁴⁹² von lediglich summarischer Natur resultieren und andererseits dem Gesichtspunkt, dass die Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem gesetzlichen Leitbild nicht dazu bestimmt sind, dauerhaften Rechtsfrieden herzustellen⁴⁹³, sondern lediglich den Zeitraum bis zu einer Hauptsacheentscheidung vorläufig zu regeln und die Rechte des Antragstellers bis dahin zu schützen. Diese Schwäche e.V.'en wird im Lauterkeitsrecht indes oftmals durch die besondere Effektivität lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsverfügungen und die hier vorherrschende Schnellebigkeit⁴⁹⁴ ausgeglichen. Die Parteien verzichten regelmäßig auf die Austragung der Streitigkeit in einem Hauptsacheverfahren und begnügen sich mit der ergangenen Eilentscheidung, bspw. weil sie das Interesse an einer endgültigen Austragung der Streitigkeit infolge zeitlicher Überholung verloren haben. Zudem besteht die Möglichkeit, dass die unterlegene Partei sich von der gerichtlichen Entscheidung überzeugen lässt und infolgedessen keine Aussicht auf Erfolg sieht, die ergangene e.V. zu beseitigen und in einem Hauptsacheverfahren ein anderes Ergebnis erzielen zu können. Eine verbindliche endgültige Streitbeilegung infolge einstweiliger Rechtsschutzverfahren kann in diesen Fällen mittels eines Abschlussverfahrens erreicht werden.

⁴⁸⁹ KG, Urteil vom 14.10.1986, 5 U 4035/85, GRUR 1987, 571 f. - *Ordnungsgeld kein Schaden*; *Speckmann*, Rn. 69; *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 113, Rn. 13; *Ahrens/Ahrens*, Kap. 62, Rn. 41, m.w.N.

⁴⁹⁰ *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 113, Rn. 13.

⁴⁹¹ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1242.

⁴⁹² Vgl. hierzu die Ausführungen unter C.) I.) 1.), S. 117.

⁴⁹³ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 143.

⁴⁹⁴ Siehe Abschnitt A.) V.) 9.), S. 56 ff.

Mit den §§ 924, 926 und 927 i.V.m. 936 ZPO bestehen mehrere Möglichkeiten, e.V.'en in Beschlussform zu beseitigen. Bei e.V.'en, die aufgrund einer mündlichen Verhandlung und daher in Form eines Urteils ergehen, ist an Stelle des Widerspruchs nach §§ 924 Abs. 1 i.V.m. 936 ZPO die Berufung nach den §§ 511 ff. ZPO statthaft. Zudem besteht nach h. A. die Möglichkeit der Erhebung einer neg. FK gegen eine e.V.⁴⁹⁵ Im Ergebnis existieren damit eine Vielzahl von möglichen Wegen, um eine e.V. zu beseitigen oder abzuändern.

Der Widerspruch nach §§ 924 Abs. 1 i.V.m. 936 ZPO hat zur Folge, dass dem Antragsgegner im Rahmen einer mündlichen Verhandlung (§§ 924 Abs. 2 S. 2 i.V.m. 936 ZPO) nachträglich rechtliches Gehör zu gewähren ist. Der Antragsgegner kann sich bereits zuvor durch eine Schutzschrift oder infolge einer Aufforderung des Gerichts zur Stellungnahme geäußert haben. Diese qualitativ hinter der vollwertigen Beteiligung an dem Verfahren zurückstehenden Formen der Beteiligung führen nicht zur Erfüllung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.⁴⁹⁶ Erst durch die Verhandlung über den Widerspruch wird dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) Rechnung getragen. Das Widerspruchsverfahren ist, anders als ein Berufungsverfahren, nicht als ein Fehlerkontrollverfahren ausgestaltet.⁴⁹⁷ Auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung über den Widerspruch gilt, dass die Parteien die strittigen Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen und nicht deren Vollbeweis zu erbringen haben. An das im Anschluss an ein Widerspruchsverfahren ergehende Urteil kann sich ein Berufungsverfahren anschließen. Insofern entspricht der Verfahrensstand nach einem Widerspruchsverfahren demjenigen, der besteht, wenn über das Verfügungsgesuch unmittelbar mündlich verhandelt und durch Urteil entschieden wird. Da die Terminfindung, die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Urteilsabfassung jedoch regelmäßig einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen⁴⁹⁸, kann die zwischenzeitliche Vollziehung der e.V. bereits zu irreparablen Schäden beim Antragsgegner geführt haben.⁴⁹⁹ Durch die gesetzliche Vorgabe der Zustellung erlassener e.V.'en im Parteibetrieb (§§ 922 Abs. 2, 936, 191 ZPO) und der hierfür bestehenden Frist von

⁴⁹⁵ Siehe die Nachweise unter Fn. 501.

⁴⁹⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 175.

⁴⁹⁷ *Walker*, Rn. 527, m.w.N.

⁴⁹⁸ Nach *Schulz*, GRUR-Prax 2011, 313, erfolgt eine mündliche Verhandlung oftmals erst nach mehreren Wochen, teilweise erst nach Monaten. Gemäß § 217 ZPO beträgt bereits die Ladungsfrist mindestens eine Woche. Für die Parteien besteht zwar die Möglichkeit eines Antrags auf Verkürzung der Frist nach § 226 ZPO, dieser darf aber nicht dazu führen, dass der gegnerischen Partei die Vorbereitung des Termins unmöglich gemacht wird (*Musielak/Stadler*, § 226, Rn. 2). Zudem läuft ein Antrag auf Fristverkürzung auch dem Interesse des Anspruchsgegners zuwider, sich sorgfältig und bestmöglich auf den Entscheidungstermin vorzubereiten.

⁴⁹⁹ Vgl. *Schulz*, GRUR-Prax 2011, 313.

einem Monat (§§ 929 Abs. 2, 936 ZPO) besteht für den Vollziehenden die Möglichkeit, in diesen Grenzen auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit der e.V. und damit mittelbar auch auf den frühestmöglichen Zeitpunkt der Beseitigung Einfluss zu nehmen.

e.) Mangelnder Einfluss ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen auf die materielle Rechtslage und auf Hauptsacheverfahren

Es entspricht weniger einem Vorteil der Rechtsposition des Antragsgegners als vielmehr einem Charakteristikum des einstweiligen Rechtsschutzes, dass eine Entscheidung des vorläufigen Rechtsschutzes, gleich ob sie in Form eines Beschlusses oder eines Urteils ergeht, keinen Einfluss auf ein ggf. nachfolgendes Hauptsacheverfahren hat. Die Streitgegenstände beider Verfahren unterscheiden sich grundlegend⁵⁰⁰, auch wenn dies insbesondere bei einer Befriedigungsverfügung, die den gleichen Entscheidungsausspruch wie ein entsprechendes Hauptsacheurteil aufweist und ein Klageverfahren erübrigen kann, nicht in einer äußerlich erkennbaren Weise hervortritt.

Belegt wird dies unter anderem durch die Vorschriften der §§ 926 (i.V.m. 936) und 945 ZPO und die Möglichkeit, mit einer neg. FK feststellen lassen zu können, dass eine erlassene e.V. nicht berechtigt war.⁵⁰¹ Durch diese Vorschriften bzw. diese Möglichkeit kommt der Vorrang von Hauptsacheentscheidungen gegenüber Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes deutlich zum Ausdruck.

Die Parteien haben zwar die Möglichkeit, die Wirkungen e.V.'en mithilfe vertraglicher Vereinbarungen in Form der Abschlusserklärung⁵⁰² an die von Hauptsacheverfahren anzugleichen und insbesondere eine nahezu gleichwertige Rechtsbeständigkeit herzustellen, hierdurch werden materiell-rechtlich endgültig verbindliche Regelungen jedoch erst geschaffen. E.V.'en haben nicht die endgültige, verbindliche Klärung einer Rechtslage oder Beilegung einer Streitigkeit zum Ziel. E.V.'en wirken daher nahezu ausschließlich auf einer prozessualen und nicht auf einer materiell-rechtlichen Ebene.

Für den Antragsteller einer ungerechtfertigten e.V. hat diese Wirkung zur Folge, dass die Privilegierungen des vorläufigen Rechtsschutzes ihn nur im Rahmen dieser Verfahrensart

⁵⁰⁰ FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1179; Walker, Rn. 142 f.; Schilken in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 611, m.w.N.; Stürner, ZJP 125 (2012) 3, 6; Jestaedt, GRUR 1985, 480, 481 ff.; Mädrich, S. 7 f., m.w.N.

⁵⁰¹ BGH, Urteil vom 05.10.2000, I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 355 - *Verbandsklage gegen Vielfachabmahner*; Ahrens/Achilles, Kap. 5, Rn. 8, m.w.N.; Teplitzky, Kap. 41, Rn. 68, m.w.N.

⁵⁰² Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

benachteiligen und er die Auswirkungen einer ungerechtfertigten e.V. in einem die Interessen beider Parteien gleichrangig berücksichtigenden Hauptsacheverfahren zumindest für die Zukunft beseitigen lassen kann.

f.) Berücksichtigung der Interessen des Antragsgegners im Rahmen einer Interessenabwägung

Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen werden bei der Entscheidung über den Erlass einer Befriedigungsverfügung die Interessen des Anspruchsgegners mit den Interessen des Anspruchstellers abgewogen.⁵⁰³

Im Rahmen dieser Abwägung ist neben den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wie bspw. der Schwere der drohenden Verstöße, der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, der Möglichkeit zur Schadenskompensation und dem Verschuldensgrad insbesondere auch die einer Befriedigungsverfügung zugrunde liegende Interessenkonstellation zu berücksichtigen⁵⁰⁴. So hat ein Anspruchsgegner grundsätzlich ein Interesse daran, nicht aufgrund eines lediglich summarischen und damit naturgemäß fehleranfälligen Verfahrens gerichtlich zur Erfüllung von Ansprüchen verpflichtet zu werden. Dem Anspruchsteller ist hingegen an einer möglichst raschen Durchsetzung seines Anspruchs gelegen. Letzteres gilt in besonderem Maße bei Unterlassungsansprüchen, wenn die beanstandete Beeinträchtigung unmittelbar bevorsteht oder bereits stattfindet.

Diese Interessenabwägung ist neben der Voraussetzung der Dringlichkeit das einzige Erfordernis, das über die Anforderungen eines Hauptsacheverfahrens hinausgeht und damit regulieren kann, dass die Vorteile des Befriedigungsverfahrens gegenüber einem Hauptsacheverfahren für den Anspruchsteller nur zur Verfügung stehen, sofern dies im Einzelfall gerechtfertigt ist.

⁵⁰³ Zöller/Vollkommer, § 940, Rn. 4; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 940, Rn. 1; Walker, Rn. 257 ff.; Schuschke/Walker, § 940, Rn. 8; Holzapfel, GRUR 2003, 287, 289 f.; Oberheim, Rn. 416 f.; OLG Hamm, Urteil vom 14.03.2000, 27 U 102/99, NJW-RR 2001, 105, 107; OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.02.1987, 2 U 202/86, NJW 1987, 2449, 2449 f.; Schilken, S. 130; Retzer, GRUR 2009, 329, 329 f.; LG München I, Beschluss vom 08.08.2008, 1 T 13169/08, WuM 2009, 321. In BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213, 215 f., hat sich die Kommission dafür ausgesprochen, das Erfordernis einer Interessenabwägung ausdrücklich in die ZPO aufzunehmen.

⁵⁰⁴ Vgl. Berneke, Rn. 51; Holzapfel, GRUR 2003, 287, 288 und 290 f. (der sich allerdings gegen eine Berücksichtigung des Verschuldens bzw. des Grades des Verschuldens ausspricht).

Nach vorherrschender Ansicht in der allgemeinen zivilprozessualen und der wettbewerbsverfahrensrechtlichen Literatur handelt es sich bei dem Erfordernis überwiegender Interessen um ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für e.V.'en, das dem Verfügungsgrund zuzuordnen ist.⁵⁰⁵ Das Erfordernis hat zur Folge, dass Unterlassungsverfügungen in bestimmten Rechtsgebieten, wie bspw. dem Patent- und Gebrauchsmusterrecht, nur selten ergehen und der Erlass im Allgemeinen stark vom Einzelfall abhängig ist⁵⁰⁶.

Im Wettbewerbsverfahrensrecht ist umstritten, wie sich das Erfordernis zur Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG verhält.⁵⁰⁷ Eine Ansicht geht davon aus, dass sich die Vermutung lediglich auf die zeitliche Komponente des Verfügungsgrundes - die Eilbedürftigkeit - beziehe und daher zusätzlich eine Interessenabwägung zu erfolgen habe.⁵⁰⁸ Die herrschende Ansicht macht geltend, dass die Interessenabwägung Bestandteil des Verfügungsgrundes sei und daher von der Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG (bzw. der identischen Vorgängervorschrift § 25 UWG a.F.) umfasst sei.⁵⁰⁹ Eine dritte Ansicht erstreckt die Vermutungswirkung zwar ebenfalls auf den Verfügungsgrund in seiner Gesamtheit (also nicht nur auf dessen zeitliche Komponente), hält eine Interessenabwägung jedoch für erforderlich, um feststellen zu können, ob die Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG widerlegt ist.⁵¹⁰

Die vorherrschende Ansicht problematisiert nicht, ob sich die Vermutung nur auf die Dringlichkeit im zeitlichen Sinn oder auch auf dieses Erfordernis bezieht und unterwirft Letzteres der Vermutungswirkung. Es erscheint indes fraglich, ob die gesetzliche Privilegierung derart weit reicht und damit bspw. auch bei geringfügigeren Verstößen weitreichende und massiv beeinträchtigende Unterlassungsanordnungen ermöglicht, mithin

⁵⁰⁵ Retzer, GRUR 2009, 329, 332; Schuschke/Walker, § 940, Rn. 8; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 940, Rn. 1; Zöller/Vollkommer, § 940, Rn. 4; Kanz in Büscher/Dittmer/Schiwy, § 139 PatG, Rn. 239 ff.; für eine Bewertung als dritte Voraussetzung einer e.V. spricht sich Holzapfel, GRUR 2003, 287, 288, aus.

⁵⁰⁶ Vgl. Holzapfel, GRUR 2003, 287, 288; Kanz in Büscher/Dittmer/Schiwy, § 139 PatG, Rn. 239 ff.

⁵⁰⁷ Retzer, GRUR 2009, 329, 331 f.

⁵⁰⁸ Melullis, Rn. 161; Berneke, Rn. 51 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 02.08.1961, 4 U 75/61, GRUR 1962, 526, 528 - Kodak-Markenfilme; OLG Celle, Urteil vom 23.06.2005, 13 U 82/05, MD 2005, 911, Rn. 10; Holzapfel, GRUR 2003, 287, 291 f. unter Verweis auf die entgegengesetzte Handhabung in der Praxis.

⁵⁰⁹ Ahrens/Schmukle, Kap. 45, Rn. 8; Teplitzky, Kap. 54, Rn. 14 und 18; Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 100, Rn. 34; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.10.1982, 2 U 67/82, GRUR 1983, 79, 80 - Einstweilige Verfügung in Patentsachen; Mes/Bopp/Sonntag, S. 37; so wohl auch Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 3.13 und jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 126, der die in der Praxis zu wenig beachtete Konstellation überwiegender Interessen des Antragsgegners bezeichnenderweise als „Sonderfall“ tituliert; ebenso Borck, WRP 1978, 435, 437.

⁵¹⁰ Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 16 ff. und Fn. 20; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.03.2001, 20 U 191/00, WM 2002, 806 f.

einer einzelfallbezogenen Prüfung der sich gegenüberstehenden Interessen entgegensteht. Durch die Qualifizierung des allgemein anerkannten Erfordernisses der Interessenabwägung als Bestandteil des Verfügungsgrundes und der (unreflektierten) Anwendung der Vermutungswirkung des § 12 Abs. 2 UWG auf den Verfügungsgrund in seiner Gesamtheit können ggf. überwiegende Interessen eines Anspruchsgegners denen eines Anspruchstellers nicht entgegenstehen. Dieses Korrektiv, das der Gewährleistung der Einzelfallgerechtigkeit dient, bleibt in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten somit regelmäßig außen vor. Der Anwendungsbereich der Vermutungswirkung des § 12 Abs. 2 UWG umfasst damit in der Praxis nicht nur die unbestrittene Eilbedürftigkeit von Abwehrmaßnahmen gegen lauterkeitsrechtlich relevante Handlungen, sie erstreckt sich auch auf die Vermutung, dass die Interessen des Anspruchstellers denen des Anspruchsgegners stets zumindest gleichwertig sind.⁵¹¹

Dies hat zur Folge, dass die entgegenstehenden Interessen des Anspruchsgegners grundsätzlich nicht mit den gegenläufigen Interessen des Anspruchstellers abgewogen werden.⁵¹² Somit findet das allgemein vorgesehene Korrektiv bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen zulasten des Anspruchsgegners in der Regel keine Anwendung.

g.) Abmilderung durch Aufbrauchsfristen

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen kann einem Anspruchsgegner eine Aufbrauchs-, Umstellungs- und/oder Beseitigungsfrist⁵¹³ eingeräumt werden.⁵¹⁴ Diese materiell-rechtlichen Beschränkungen⁵¹⁵ der Ansprüche⁵¹⁶ sollen verhindern, dass einem Anspruchsgegner oder bspw. auch involvierten Dritten⁵¹⁷ im

⁵¹¹ Nordemann, Rn. 1557, erkennt diese Schlussfolgerung und bejaht sie ausdrücklich.

⁵¹² Siehe bspw. OLG Hamm, Urteil vom 24.05.2012, I-4 U 48/12, abrufbar unter BeckRS 2012, 13246.

⁵¹³ Allgemein vereinheitlichend als Aufbrauchsfristen bezeichnet (Siehe BGHZ 110, 156, 175 – *HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz*; Ahrens/Bähr, Kap. 38, Rn. 2).

⁵¹⁴ Vgl. Teplitzky, Kap. 57, Rn. 17 ff., m.w.N.; Ahrens/Bähr, Kap. 38, Rn. 1 ff.; BGHZ 110, 156, 175 – *HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz*; GRUR 1982, 425, 431 – *Brillen-Selbstabgabestellen*.

⁵¹⁵ So die mittlerweile h.M., siehe Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 1.59, m.w.N.; a.A. Brüning in Har- te/Henning, Vorb zu § 12, Rn. 236, („prozessualer Vollstreckungsaufschub“) mit Erläuterung des Einflusses der Bewertung auf die Kostenentscheidung; vgl. hierzu auch Ahrens/Bähr, Kap. 38, Rn. 5-15.

⁵¹⁶ Die Rechtsgrundlage für diese Beschränkungen ist in §§ 242 oder 275 BGB zu sehen, str., für § 242 BGB als Rechtsgrundlage (h.M.): BGH, Urteil vom 29.03.2007, I ZR 122/04, GRUR 2007, 1079, 1083, Tz. 40 – *Bundesdruckerei*; Gloy/Loschelder/Erdmann, § 91, Rn. 9; Ahrens/Bähr, Kap. 38, Rn. 7. Für § 275 BGB als Rechtsgrundlage: Piper/Ohly/Sosnitza, § 8, Rn. 39 (unter Verweis auf die abweichende h.M.).

⁵¹⁷ So bspw. im Fall der Entscheidung BGHZ 110, 156 – *HBV-Familien- und Wohnungsrechts-*

Einzelfall unverhältnismäßige Nachteile aus einer sofortigen und/oder vollumfänglichen Beachtung eines Unterlassungsgebots erwachsen.⁵¹⁸ Die Gewährung einer Aufbrauchsfrist setzt voraus, dass die Interessen der Betroffenen (Anspruchsteller, Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer) an der Unterlassung des unlauteren Verhaltens von den Interessen des Anspruchsgegners (und ggf. involvierter Dritter) überwogen werden⁵¹⁹ und die Interessen der Betroffenen nicht unzumutbar beeinträchtigt werden.

Ob Aufbrauchsfristen auch in Verfügungsverfahren angeordnet werden können, ist umstritten.⁵²⁰ Die ablehnende Ansicht beruft sich auf den Zweck des Verfügungsverfahrens, möglichst schnell zu einem Unterlassungstitel zu gelangen.⁵²¹ Auch scheint diese Möglichkeit kaum mit den gesetzlich vorgesehenen prozessualen Instrumentarien zur Überraschung/Überrumpelung des Gegners⁵²² durch eine e.V. vereinbar. Die bejahende Ansicht⁵²³ vermag für sich anzuführen, dass materiell-rechtliche Einschränkungen unabhängig von dem Weg der prozessualen Durchsetzung zu beachten sind und eine Unterlassungsverfügung, selbst wenn sie eine Aufbrauchsfrist anordnet, immer noch schneller zu einem Vollstreckungstitel führt, als dies bei einem Unterlassungsurteil im Hauptsacheverfahren der Fall wäre. Die Streitigkeit ist für Verfügungsverfahren indes regelmäßig von geringer Bedeutung. Aufbrauchsfristen werden durch die Gerichte zwar unabhängig von einem Antrag des Anspruchsgegners eingeräumt, erforderlich ist jedoch, dass die hierfür relevanten Tatsachen dem Gericht dargelegt und glaubhaft gemacht werden. Da über lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungen regelmäßig im Beschlussweg entschieden wird, hat ein Anspruchsgegner grundsätzlich frühestens im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens die Möglichkeit,

schutz, bei der gewährleistet sein sollte, dass für die Vertragspartner der unterlassungspflichtigen Partei die Möglichkeit eines Vertragswechsels zur Gewährleistung eines unterbrechungsfreien Versicherungsschutzes besteht.

⁵¹⁸ Ahrens/Bähr, Kap. 38, Rn. 2.

⁵¹⁹ Siehe hierzu Ahrens/Bähr, Kap. 38, Rn. 3, der die wichtigsten Faktoren für die Abwägung aufführt.

⁵²⁰ Siehe Ahrens/Schmukle, Kap. 54, Rn. 19; Teplitzky, Kap. 57, Rn. 23, dort insbesondere die Nachweise in Fn. 108; Nirk/Kurtze, Rn. 384, m.w.N.

⁵²¹ Wohl h.M.; OLG Frankfurt, Urteil vom 01.10.1987, 6 U 62/87, GRUR 1988, 46, 49 – *Flughafenpassage*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.10.1985, 2 U 114/85, GRUR 1986, 197 – *Rechtsmittel gegen Aufbrauchsfrist*; OLG Koblenz, Beschluss vom 28.03.1991, 6 W 65/91, WRP 1991, 599, 602 – *Medizinischer Ratgeber*; gegen die grundsätzliche Zulässigkeit von Aufbrauchsfristen im Wettbewerbsprozess OLG München, Beschluss vom 18.03.1985, 6 W 3182/84, WRP 1985, 364, 365 – *Aufbrauchsfrist*.

⁵²² Siehe die Auflistung unter B.) II.) 1.) b.) ff.), S. 89 ff.

⁵²³ OLG Hamburg, Urteil vom 30.04.1998, 3 U 279/97, NJWE-WettbR 1999, 202, Rn. 59; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.01.1989, 2 W 149/88, WRP 1989, 832 – *Vertrieb von Ware mit dem GS-Zeichen*; Berneke, Rn. 162; Großkomm/Schultz-Süchting, § 25, Rn. 112; Ulrich, GRUR 1991, 26, 29 ff.

sein Bedürfnis nach einer Aufbrauchsfrist darzulegen und zu belegen. Bis zum Erlass einer Widerspruchsentscheidung hat der Anspruchsgegner die Unterlassungspflicht allerdings uneingeschränkt zu beachten. Die Einräumung einer Umstellungsfrist durch die Widerspruchsentscheidung wird ihm dann regelmäßig nicht weiterhelfen, da es für den Anspruchsgegner mit mehrfachen Umstellungen seiner Geschäftstätigkeit verbunden wäre, wenn er die zunächst vollumfänglich untersagte Handlung für den Zeitraum der Aufbrauchsfrist wieder in begrenztem Umfang aufnehmen dürfte, um sie nach Fristablauf wieder vollumfänglich einzustellen. Ein Anspruchsteller wird derartige, für ihn möglicherweise nachteilige Gesichtspunkte nicht freiwillig vortragen. Da auch zwischen den verschiedenen Oberlandesgerichten Uneinigkeit hinsichtlich dieser Streitfrage besteht, hat ein Anspruchsteller aufgrund des oftmals eröffneten fliegenden Gerichtsstands i.V.m. dem Wahlrecht aus § 35 ZPO die Möglichkeit, ein Gericht mit der Streitigkeit zu befassen, das die Anordnung von Aufbrauchsfristen für nicht statthaft erachtet. In Verfügungsverfahren wird das Institut der Aufbrauchsfrist einen Anspruchsgegner daher nicht oder kaum vor unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen schützen können. Praktisch kommt es kaum vor, dass Beschlussverfügungen Aufbrauchsfristen enthalten.⁵²⁴

3.) Gegenüberstellung und Bewertung der prozessualen Stellung von Anspruchsteller und Anspruchsgegner in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren

a.) Erhebliche Privilegierung des Antragstellers und geringe Schutzmöglichkeiten des Antragsgegners

Vergleicht man die aufgeführten Vor- und Nachteile der Parteien in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren, so ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Antragsteller eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahrens erheblich privilegiert wird.⁵²⁵ Diese prozessualen Vorteile können streitentscheidende Wirkungen haben und zu Titeln führen, die der materiell-rechtlichen Rechtslage zuwiderlaufen.

Auch im Vergleich zu dem Kläger eines Hauptsacheverfahrens wird der Anspruchsteller als Antragsteller im Verfügungsverfahren massiv bevorzugt. Diesen Vorteilen des Verfügungs-

⁵²⁴ *Speckmann*, Rn. 491.

⁵²⁵ Vgl. *Walker*, Rn. 70 ff., 418 und 606; *Pastor*, WRP 1972, 229, 233; *Borck*, MDR 1988, 908 f.; *Schuschke/Walker*, § 921, Rn. 8; *Kehl* in FS für Loschelder, S. 139 f.; *Teplitzky*, GRUR 2008, 34, 37; *ders.* in FS für Loschelder, S. 391 f. in Fn. 3, S. 394, S. 399 ff.; *Lipps*, NJW 1970, 226; dieses Schutzbedürfnis wurde auch in dem Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht anerkannt: BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213, 214.

verfahrens gegenüber Hauptsacheverfahren für den Anspruchsteller, gerade in lauterkeitsrechtlichen Auseinandersetzungen, dürfte maßgebliche Bedeutung für die besondere Beliebtheit zukommen, die Unterlassungsverfügungen im Lauterkeitsrecht genießen.⁵²⁶

Ein Antragsgegner kann sich in entsprechenden Konstellationen praktisch kaum davor schützen, dass ihm die Vornahme geschäftlicher Handlungen durch Befriedigungsverfügungen⁵²⁷ auf Unterlassung untersagt wird. Wurde er vor der Einleitung des Verfügungsverfahrens nicht abgemahnt oder vor einer Abmahnung bereits eine sog. Schubladenverfügung erwirkt, erhält er regelmäßig erst mit Zustellung der e.V. Kenntnis von dem Verfügungsverfahren und seiner Inanspruchnahme.⁵²⁸ Eine rechtzeitige Verteidigung ist ihm in diesen Fällen nur möglich, wenn er die Vornahme der beanstandeten geschäftlichen Handlung erst zukünftig beabsichtigt. Ein Anspruchsteller wird indes, im Rahmen der Dringlichkeit und der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO, alles daran setzen, die e.V. zu einem Zeitraum zustellen zu lassen, zu welchem dem Anspruchsgegner zeitlich keine Handlungsspielräume mehr verbleiben. Der Anspruchsgegner hat die e.V. sofort zu beachten und seine geschäftliche Tätigkeit entsprechend einzuschränken.⁵²⁹ Abhilfe kann er frühestens durch einen Erfolg⁵³⁰ im Widerspruchsverfahren erreichen, was insbesondere bei zeitgebundenen geschäftlichen Handlungen keine Hilfe mehr verspricht. Ist ein Anspruchsteller bereit, die Kostennachteile⁵³¹ eines sofortigen Rechtsschutzverfahrens ohne vorherige Abmahnung in Kauf zu nehmen, steht ihm eine optimale Möglichkeit zur Verfügung, um seinen Kontrahenten mit einer Überraschungsentscheidung in Anspruch zu nehmen.

Wurde der Antragsgegner abgemahnt, so verbleibt ihm zusätzlich die Möglichkeit, mithilfe einer Schutzschrift zu versuchen, das Gericht von der Unzulässigkeit und/oder Unbegründetheit des erwarteten Verfügungsgesuchs zu überzeugen. Auf die Schwächen und Gefahren dieses Rechtsinstituts wurde bereits hingewiesen⁵³².

⁵²⁶ Siehe hierzu die Nachweise unter A.) I.), S. 17 ff.

⁵²⁷ Siehe die Nachweise unter Fn. 139.

⁵²⁸ Vgl. *Emmerich*, § 25, Rn. 26.

⁵²⁹ *Schulz*, GRUR-Prax 2011, 313.

⁵³⁰ Dem Widerspruch an sich kommt kein Suspensiveffekt zu (§ 924 Abs. 3 S. 1). Eine Aussetzung der Vollziehung nach § 924 Abs. 3 S. 2 kommt grundsätzlich nicht in Betracht, siehe diesbezüglich B.) II.) 1.) b.) ii.), S. 97 f.

⁵³¹ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 3.), S. 35 f.

⁵³² Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 5.), S. 41 ff.

Beabsichtigt ein Gericht, einem Verfügungsgesuch nicht im Beschlussverfahren zu entsprechen, wird der fachkundige Antragsteller dies vor dem Übergang ins Urteilsverfahren und der damit verbundenen Ladung des Antragsgegners zur mündlichen Verhandlung in Erfahrung bringen, sein Gesuch zurücknehmen und ein anderes Gericht mit dem Gesuch befassen.⁵³³ Der Anspruchsgegner erlangt von alledem keine Kenntnis.

Zudem ist die Bezifferung entstandener Schäden infolge ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen problematisch, wodurch selbst eine finanzielle „Kompensation“ von Beeinträchtigungen erschwert bzw. nicht vollumfänglich gewährleistet ist.

b.) Rechtfertigung der Benachteiligung des Antragsgegners aufgrund seiner Stellung als potentieller Schuldner

Teilweise wird der Eindruck vermittelt, dass die prozessuale Privilegierung des Antragstellers gerechtfertigt sei, weil der Antragsgegner als potentieller Schuldner nicht schutzbedürftig sei. So wird die prozessuale Stellung als Antragsgegner oftmals mit der eines (materiell-rechtlichen) Verletzers gleichgestellt.⁵³⁴

Die Eigenschaft des Antragsgegners eines Unterlassungsverfahrens als potentieller Schuldner darf zivilprozessual ausschließlich in Bezug auf den Gerichtsstand des Begehungsorts (§ 14 Abs. 2 S. 1 UWG) Bedeutung erlangen, da es sich bei der Begehung der Handlung i.S.d. Norm um eine sog. doppelrelevante Tatsache handelt, das heißt eine Tatsache, die sowohl für die Frage der Zulässigkeit als auch der Begründetheit entscheidend ist⁵³⁵.

Sofern weitergehende Privilegierungen des anspruchstellenden Antragstellers mit der mangelnden Schutzbedürftigkeit des Antragsgegners begründet werden, kann dem nicht gefolgt werden.⁵³⁶ Ob ein Antragsgegner Unterlassung schuldet oder unberechtigt von dem

⁵³³ Siehe zu dieser Praxis die obigen Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

⁵³⁴ Vgl. bspw. Ahrens/Jestaedt, Kap. 43, Rn. 2; diesem Gesichtspunkt scheint auch in der Entscheidung BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 – *Parallelverfahren II*, maßgebliche Bedeutung zugekommen zu sein (vgl. die Formulierung: „...nicht hinnehmbaren Verkürzung der Rechte des Gläubigers und einer gleichfalls nicht zu rechtfertigenden Besserstellung des (deliktischen) Verletzers...“). Die Stellung als „(deliktischer) Verletzer“ wird aber nicht durch eine Klageerhebung begründet, weshalb das Ereignis der Klageerhebung auch keine prozessualen Privilegierungen oder Benachteiligungen aufgrund materiell-rechtlicher Erwägungen rechtfertigen kann.

⁵³⁵ Musielak/Heinrich, § 1, Rn. 20, § 12, Rn. 14.

⁵³⁶ Walker, Rn. 71 („gleichrangige Schutzwürdigkeit der Parteien“).

Antragsteller in Anspruch genommen wird, richtet sich nach der materiellen Rechtslage. Das Verfahrensrecht hat dem materiellen Recht zu dienen⁵³⁷ und zur Umsetzung zu verhelfen und darf es grundsätzlich nicht durch eigene Wertungen beeinflussen, sondern hat die Belange beider Parteien gleichermaßen zu berücksichtigen⁵³⁸. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, muss das Verfahrensrecht selbst grundsätzlich ergebnisoffen ausgestaltet sein.⁵³⁹

Der maßgebliche Grund für die privilegierte Ausgestaltung der prozessualen Stellung des Antragstellers besteht in dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes.⁵⁴⁰ Einstweiliger Rechtsschutz soll eine Entwertung von Rechtspositionen infolge zeitlicher Verzögerung verhindern⁵⁴¹ und damit der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen. Anspruchstellern bliebe effektiver Rechtsschutz versagt, wenn keine prozessuale Möglichkeit bestünde, materiell-rechtliche Anspruchspositionen rechtzeitig gerichtlich durchsetzen zu können. Das Überraschungsmoment des einstweiligen Rechtsschutzes spielt bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen hingegen praktisch keine Rolle.

Ausschließlich dieses verfassungsrechtliche Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes kann eine Abweichung von den prozessualen Vorgaben für Hauptsacheverfahren zulasten des Antragsgegners rechtfertigen. Im Gegenzug muss die Benachteiligung des Antragsgegners aber auch dort ihre Grenze finden, wo eine Privilegierung des Antragstellers aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes nicht mehr zwingend geboten ist.

⁵³⁷ Siehe zur dienenden Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes die Nachweise unter Fn. 547.

⁵³⁸ Siehe diesbezüglich nachfolgende Ausführungen unter D.) VI.) 2.) a.), S. 254 ff.

⁵³⁹ Vgl. Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, Rn. 103.

⁵⁴⁰ Siehe hierzu Ostler, MDR 1968, 713, 717.

⁵⁴¹ Siehe die Nachweise unter Fn. 548.

C.) Systematik des zivilprozessualen Eilrechtsschutzes

I.) Gesetzliche Vorgaben der §§ 935 ff. ZPO

1.) Systematische Verortung und Funktion

E.V.'en sind im achten Buch der ZPO (§§ 704 ff. ZPO) mit dem Titel „Zwangsvollstreckung“ geregelt. Diese Platzierung der Regelungen über den einstweiligen Rechtsschutz in dem Abschnitt über die Zwangsvollstreckung wird vielfach als verfehlt angesehen⁵⁴², da die §§ 916 ff. ZPO summarische Erkenntnis- und Vollziehungsverfahren regeln⁵⁴³ und somit zumindest eine Verortung des Teils der Regelungen, die das Erkenntnisverfahren betreffen, im zweiten Buch der ZPO sachgerechter sein soll⁵⁴⁴. Das, was gemeinhin als Zwangsvollstreckung bezeichnet wird, nämlich die zwangsweise Befriedigung oder Sicherung eines titulierten Anspruchs durch Einschaltung der staatlichen Vollstreckungsorgane⁵⁴⁵, wird in den gesetzlichen Regelungen über den einstweiligen Rechtsschutz als „Vollziehung“ bezeichnet⁵⁴⁶ (vgl. §§ 928, 936 sowie § 945 ZPO). In Bezug auf die Vollziehung enthalten die §§ 916 ff. ZPO nur wenige spezielle Vorschriften. Im Übrigen sind gemäß §§ 928, 936 ZPO „die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden“.

Im Wege der systematischen Auslegung lässt sich der Platzierung der Vorschriften in den Regelungen über die Zwangsvollstreckung entnehmen, welche Funktion der historische Gesetzgeber den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zugedacht hat. Sowohl dem

⁵⁴² *Starek*, S. 102; *Grunsky*, JuS 1976, 277, 279 spricht diesbezüglich von einer missverständlichen Platzierung innerhalb der ZPO; *ders.* in Stein/Jonas, vor § 916 Rn. 2; *Schuschke/Walker*, vor § 916–945, Rn. 7 bezeichnet die Platzierung als „Systembruch“; *Morbach*, S. 14 f.; *Ahrens/Ahrens*, Kap. 55, Rn. 4; *Schellhammer*, Rn. 1899; vgl. auch *Teplitzky*, Kap. 53, Rn. 6; *Schulte*, S. 113 hält eine Herausnahme aus den Vorschriften der Zwangsvollstreckung und eine Platzierung unter den besonderen Verfahrensarten der ZPO für angebracht; *Walker*, Rn. 14 („gesetssystematisch wenig gelungen“); *Mädrich*, S. 5 („eine Ungenauigkeit in der Systematik“); *Piehler*, S. 24; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Grundz. § 916, Rn. 1; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmaier*, Abschnitt A, Rn. 2; BVerfGE 46, 166, 182; BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213, 220; a.A. wohl *Jestaedt*, GRUR 1985, 480, 483; *Borck*, WRP 1977, 457.

⁵⁴³ *Teplitzky*, WRP 1980, 373, 374; *Schulte*, S. 9; *Arens* in FS für v. Caemmerer, S. 75; *Grunsky*, JuS 1976, 277, 280; *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1361; *Baur/Stürner/Bruns*, Rn. 50.1; *Starek*, S. 102; *Stürner*, ZZZ 125 (2012) 3, 4; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmaier*, Abschnitt A, Rn. 2; *Adolphsen*, § 38, Rn. 2; *Heinze* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 578, m.w.N.; *Walker*, Rn. 74 und 167; vgl. auch *Haertlein* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 935–945, Rn. 9; *Ganslmayer*, S. 41; *Mädrich*, S. 5 f.

⁵⁴⁴ So *Schulte*, S. 113.

⁵⁴⁵ *Schuschke/Walker*, Einführung Buch 8, Rn. 3.

⁵⁴⁶ BGHZ 120, 73, 77.

Arrest als auch der e.V. wurde von dem historischen Gesetzgeber keine unmittelbar rechtsschutzgewährende, sondern zuvörderst eine im Verhältnis zu Hauptsacheverfahren untergeordnete, dienende⁵⁴⁷ Funktion zugedacht. Sinn und Zweck der Regelungen war es demnach zu verhindern, dass Rechtspositionen entwertet werden, bevor ein Gericht in der Lage ist, Rechtsschutz durch eine Hauptsacheentscheidung zu gewähren.⁵⁴⁸ Die Funktion der §§ 916 ff. ZPO besteht daher darin, die Effektivität⁵⁴⁹ des Hauptsacherechtsschutzes zu sichern⁵⁵⁰, indem durch ein dem Hauptsacheverfahren vorgeschaltetes oder parallel betriebenes Verfahren sichergestellt wird, dass die Vollstreckung des Hauptsacheurteils nicht „ins Leere läuft“.⁵⁵¹ Sehr deutlich bringen dies die §§ 917 Abs. 1, 918 ZPO zum Ausdruck.

Hinsichtlich des Arrests, der vom Gesetz als Haupttypus der einstweiligen Rechtsschutzverfahren ausgestaltet ist⁵⁵², entspricht die Situation nach wie vor Sinn und Zweck der Regelungen. Aufgrund seiner reinen Sicherungsfunktion vermag der Arrest nicht an die Stelle des entsprechenden Hauptsacherechtsschutzes zu treten. Geldforderungen sowie Forderungen, die in eine Geldforderung übergehen können (vgl. § 916 Abs. 1 ZPO), sind nicht im Wege des Arrests durchsetzbar.

In Bezug auf e.V.'en stellt sich die Situation anders dar. Die ZPO sieht zwei Arten e.V.'en vor, die Sicherungs- (§ 935 ZPO)⁵⁵³ und die Verfügungsverfügung (§ 940 ZPO)⁵⁵⁴. Die Verfügungsverfügung soll - wie der Arrest⁵⁵⁵ - verhindern, dass eine spätere Durchsetzung der im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Rechte „ins Leere läuft“ (vgl. den Wortlaut von § 935 ZPO: „[...] die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich

⁵⁴⁷ Schuschke/Walker, vor § 916–945, Rn. 2; Walker, Rn. 62; Starek, S. 56; Wieczorek/Schütze/Thümmel, vor § 916, Rn. 2; Haertlein in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 916–945, Rn. 4; MüKoZPO/Drescher, § 945, Rn. 2; vgl. auch Vogg, NJW 1993, 1357, 1360, der von einer ergänzenden Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes im Verhältnis zum Hauptsacherechtsschutz spricht.

⁵⁴⁸ Minnerop, S. 56 f. und 64; Schilken, S. 65 ff.; Grunsky, JuS 1976, 277; ders. in Stein/Jonas, vor § 916, Rn. 1; Wieczorek/Schütze/Thümmel, vor § 916, Rn. 2; Berger, ZZP 110 (1997) 287, 292; Vogg, NJW 1993, 1357, 1360; Baur, BB 1964, 607, 615; Schuschke/Walker, vor § 916–945, Rn. 2; ders., Rn. 62; Mädrich, S. 1; Schulte, S. 10.

⁵⁴⁹ Vgl. Wieczorek/Schütze/Thümmel, vor § 916, Rn. 5.

⁵⁵⁰ Walker, Rn. 62.

⁵⁵¹ Vgl. MüKoZPO/Drescher, Vor §§ 916 ff., Rn. 1; BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213.

⁵⁵² Siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter C.) I.) 2.), S. 119.

⁵⁵³ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 76, Rn. 2; Schuschke/Walker, § 940, Rn. 1.

⁵⁵⁴ Schuschke/Walker, § 940, Rn. 1; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 76, Rn. 10.

⁵⁵⁵ Vgl. Baur, BB 1964, 607, der Verfügungsverfügung und Arrest recht treffend als „Gegenstücke“ tituliert.

erschwert werden könnte“).⁵⁵⁶ Mit der Regelungsverfügung hatte der historische Gesetzgeber hingegen eine Verminderung des Konfliktpotentials im Auge, das bis zu einer Hauptsacheentscheidung besteht.⁵⁵⁷ In zeitlicher Hinsicht bezieht sich die Regelungsverfügung daher auf den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung, weil dieser Konfliktpotential bietet. Die Sicherungsverfügung hat hingegen, wie auch der Arrest, den Erfolg der Realisierung von Rechten nach dem Erlass des Hauptsacheurteils zum Ziel.⁵⁵⁸ Insofern handelt es sich bei der Regelungsverfügung um einen Sondertypus⁵⁵⁹ der Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, was sich auch aus der systematischen Stellung innerhalb der Vorschriften über die e.V. ergibt. Für den gesetzlichen Regelfall geht das Gesetz somit davon aus, dass der Anspruchsteller auch nach Erlass einer e.V. noch des Rechtsschutzes durch ein Hauptsacheverfahren bedarf, um sein Rechtsschutzziel zu erreichen.

2.) Arrestverfahren als Grundtypus des einstweiligen Rechtsschutzes

Das vorherrschende System des einstweiligen Rechtsschutzes hat sich aus dem Arrest entwickelt, der vor der Verabschiedung der ZPO im Jahr 1877 teilweise das einzige gesetzlich vorgesehene Instrument einstweiligen Rechtsschutzes war.⁵⁶⁰ Der sachliche Anwendungsbereich des Arrests umfasste damals auch den Anwendungsbereich der heutigen Sicherungsverfügung und damit nicht ausschließlich Geldforderungen und Ansprüche, die in eine Geldforderung übergehen können.⁵⁶¹ Nur vor diesem historischen Hintergrund wird verständlich, weshalb der Arrest gesetzlich als Grundform des einstweiligen Rechtsschutzes ausgestaltet wurde und für e.V.'en durch § 936 ZPO lediglich auf die Arrestvorschriften verwiesen wird⁵⁶², obwohl in der Praxis der e.V. wesentlich weiterreichende Bedeutung zukommt als dem Arrest.⁵⁶³ Der vorherrschenden Rechtswirklichkeit wird die systematische Ausgestaltung des zivilprozessualen Eilrechtsschutzes somit nicht gerecht.

⁵⁵⁶ Vgl. *Schilken*, S. 24; *Finken*, S. 57 ff.

⁵⁵⁷ Vgl. *Schuschke/Walker*, Vor § 935, Rn. 28.

⁵⁵⁸ Siehe zu dieser Differenzierung in zeitlicher Hinsicht *Schulte*, S. 68.

⁵⁵⁹ Vgl. *Schilken*, S. 26, die Bestimmung des § 940 ZPO lasse keine sichtbare Beziehung zum „klassischen Zweck“ der Sicherung künftiger Rechtsverwirklichung erkennen; vgl. zudem *Dütz*, BB 1980, 533, 537, der die bloße Sicherung der Befriedigung als gesetzliche Normalvorstellung bezeichnet.

⁵⁶⁰ *Piehler*, S. 34; *Heinze* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 569 ff.

⁵⁶¹ *Schilken*, S. 109.

⁵⁶² A.A. *Schellhammer*, Rn. 1918, der die systematische Anordnung damit begründet, dass der Arrest der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen diene und diese in der ZPO auch im Übrigen vor der Zwangsvollstreckung wegen anderen Ansprüchen geregelt sei.

⁵⁶³ Vgl. *Baur/Stürner/Bruns*, Rn. 50.3; *Teplitzky*, Kap. 53, Rn. 6; *Schellhammer*, Rn. 1918; *Haertlein* in *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, Vorbemerkung zu §§ 916–945, Rn. 5; *Walker*, Rn. 7, 21, 138 und 222, m.w.N.; *Morbach*, S. 77; *BMJ*, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213.

3.) Umfang der Regelung des Verfügungsverfahrens durch die §§ 935 ff. ZPO

Die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind in den §§ 916 – 945 ZPO nur fragmentarisch geregelt.⁵⁶⁴ Zwar folgt aus der systematischen Einteilung der ZPO, dass die in dem ersten Buch mit dem Titel „Allgemeine Vorschriften“ enthaltenen Regelungen auch auf die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung anwendbar sind, dies vermag die vorhandenen Regelungen jedoch nicht zu vervollständigen.⁵⁶⁵ Hinsichtlich der e.V. besteht die Besonderheit, dass das Gesetz den Arrest als Grundform der Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes behandelt und hinsichtlich der Regelungen für die e.V. in § 936 ZPO auf die Arrestvorschriften verweist⁵⁶⁶, sofern keine spezielleren Vorgaben für das Verfügungsverfahren existieren.

Ergänzend sind auf Verfügungsverfahren die allgemeinen Vorschriften für Hauptsacheverfahren entsprechend anwendbar, sofern die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes nicht entgegenstehen.⁵⁶⁷ Dies ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Die ZPO setzt die Anwendbarkeit der Vorschriften für Hauptsacheverfahren teilweise voraus, so wird beispielsweise in den §§ 542 Abs. 2 S. 2, 574 Abs. 1 S. 2 ZPO die Revision und die Rechtsbeschwerde gegen Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes ausgeschlossen. Dieser Ausschluss setzt voraus, dass die Rechtsmittel nach allgemeinen Grundsätzen anwendbar wären. Hierzu müsste es sich einerseits bei den Urteilen und Beschlüssen i.S.d. §§ 916 ff. ZPO um solche des zweiten Buchs der ZPO handeln, was angesichts des Titels des zweiten Buchs „Verfahren im ersten Rechtszug“ und unter Berücksichtigung der Platzierung der Vorgaben über den einstweiligen Rechtsschutz in dem Abschnitt über die Zwangsvollstreckung keine Selbstverständlichkeit darstellt. Andererseits müssten die Vorschriften des dritten Buches der ZPO über Rechtsmittel auf die Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes anwendbar sein.

⁵⁶⁴ Vgl. *Schulte*, S. 1, der von einer stiefmütterlichen Behandlung des Verfahrens zur Erwirkung der Anordnungen bei Abfassung der ZPO spricht; *Walker*, Rn. 14, der kritisiert, dass das Gesetz hierdurch zahlreiche Fragen zu den Verfahrensvorgaben des Arrests und den allgemeinen Regeln zum Erkenntnisverfahren offen lässt; *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1358.

⁵⁶⁵ Vgl. *Schulte*, S. 12, nach dem die wenigen Vorschriften der §§ 916 ff. ZPO nicht ausreichen, um ein Erkenntnisverfahren durchführen zu können.

⁵⁶⁶ Siehe hierzu obige Ausführungen unter C.) I.) 2.), S. 119.

⁵⁶⁷ BGHZ 161, 298, 304; *Schulte*, S. 98, 112 f., der von einer inneren Gleichartigkeit von Hauptsacheverfahren und Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes spricht; *Grunsky*, JuS 1976, 277, 280; *Schuschke/Walker*, vor § 916 – 945, Rn. 7 und 33; *ders.*, Rn. 167; *Teplitzky*, Kap. 53, Rn. 7; *Oberheim*, Rn. 365; *Zöller/Vollkommer*, Vor § 916, Rn. 3; *Stürner*, ZZP 125 (2012) 3, 4; so wohl auch *Seiler* in *Thomas/Putzo*, Vorbem § 916, Rn. 4.

Durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften für Hauptsacheverfahren auf Verfügungsverfahren unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes ist es möglich, die Lücken in den Vorschriften für das Verfügungsverfahren sachgerecht zu verkleinern.

4.) Systematik der verschiedenen Arten e.V.'en

In der Praxis erfolgt bis heute oftmals keine trennscharfe Abgrenzung der Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) von der Regelungsverfügung (§ 940 ZPO).⁵⁶⁸ Da die entscheidenden Abgrenzungskriterien ebenso umstritten sind wie die Frage, ob eine Abgrenzung überhaupt erforderlich ist⁵⁶⁹, unterbleibt in der Praxis regelmäßig eine Qualifikation als Sicherungs- oder Regelungsverfügung. Ähnlich verhält es sich mit der Rechtsgrundlage und den Voraussetzungen der Befriedigungsverfügung.⁵⁷⁰ An einer kohärenten Systematik, entsprechend der Einteilung der Rechtsschutzmöglichkeiten in Hauptsacheverfahren⁵⁷¹, mangelt es.

5.) Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache

Für Verfügungsverfahren, wie für den vorläufigen Rechtsschutz im Allgemeinen, gilt dem Grundsatz nach das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache.⁵⁷² Dieses besagt, dass das mögliche Ergebnis einer e.V. in der Sache nicht mit dem eines Hauptsacheurteils identisch sein darf, sondern der Entscheidungsausspruch der e.V. hinter dem eines Hauptsacheurteils zurückbleiben muss und dieses somit nicht vorwegnehmen darf.⁵⁷³ Das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache kann, je nach Begehren des Antragstellers, sowohl unproblematisch als auch höchst problematisch sein. Es kann insbesondere mit dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes⁵⁷⁴ in Konflikt treten. Begehrt ein

⁵⁶⁸ Semler, BB 1979, 1533; Baur, BB 1964, 607; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 76, Rn. 1; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935, Rn. 30; Walker, Rn. 13; May, S. 65 f.

⁵⁶⁹ Vgl. auch Vogg, NJW 1993, 1357 f.; Baur/Stürner/Bruns, Rn. 53.1; Walker, Rn. 13; bspw. führt Grunsky an, dass es nicht erforderlich sei, den Anwendungsbereich der §§ 935 und 940 ZPO gegeneinander abzugrenzen, weil Sinn und Zweck der Regelungsverfügung ebenfalls darin bestehe, die aus einem Rechtsverhältnis möglicherweise erwachsenden Ansprüche zu schützen (JuS 1976, 277, 279, ebenso in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 30); Jauernig, ZJP 79, (1966) 321, 332 f., spricht sich dafür aus, das entscheidende Kriterium für eine Regelungsverfügung darin zu sehen, ob ihre Aufhebung automatisch zum status quo ante führt.

⁵⁷⁰ Walker, Rn. 13.

⁵⁷¹ Siehe hierzu die Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) aaa.), S. 185 ff.

⁵⁷² jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 127 f.

⁵⁷³ Walker, Rn. 66 f.; Oberheim, Rn. 366; Schellhammer, Rn. 1943; vgl. Starek, S. 108; Schuschke/Walker, vor § 916–945, Rn. 4; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt A, Rn. 469; FA-GewRS/Retzler, Kap. 6, Rn. 1180.

⁵⁷⁴ Siehe zum Gebot effektiven Rechtsschutzes die Ausführungen unter D.) VI.) 2.) b.), S. 261 ff.

Antragsteller bspw. die Herausgabe eines konkreten Gegenstandes, kann sowohl dem Gebot effektiven Rechtsschutzes als auch dem grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache vollumfänglich durch eine Sequestration (vgl. § 938 Abs. 2 ZPO) Rechnung getragen werden.⁵⁷⁵ Hierbei nimmt ein Dritter den Gegenstand in Verwahrung, übergibt ihn jedoch nicht an den Anspruchsteller. Dies hat zur Folge, dass der mögliche Herausgabeanspruch effektiv gesichert ist und der Anspruchsteller noch nicht die Herausgabe des Gegenstandes erlangt, die Hauptsache also nicht vorweggenommen wird. Bei anderen Begehren sind beide Grundsätze jedoch nicht miteinander in Einklang zu bringen. Dies gilt insbesondere für Unterlassungsansprüche. Ein Unterlassungsanspruch kann nicht gesichert werden. Unterlassungsansprüche beziehen sich auf ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer Person, dieses kann entweder unterlassen werden oder es kann ausgeführt werden.⁵⁷⁶ Einer Sicherung ist ein solcher Anspruch jedoch nicht zugänglich.⁵⁷⁷ Dies führt dazu, dass bei Unterlassungsansprüchen einem der beiden Grundsätze, auf Kosten des Anderen, der Vorrang zukommen muss.

II.) Gegenwärtige Ausgestaltung des Verfügungsverfahrens (im Lauterkeitsrecht)

1.) Geltung des Grundsatzes des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache

Der Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache befasst sich mit dem Verhältnis der Reichweite von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu entsprechenden Hauptsacheentscheidungen.⁵⁷⁸ Durch Hauptsacheverfahren soll das materielle Recht vollumfänglich verwirklicht und Einzelfallgerechtigkeit hergestellt werden. Dies beschreibt die dienende Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht.⁵⁷⁹ Nach den Wertungen der ZPO führen unter anderem die Verfahrensbeteiligung beider Parteien, die Anhörung des Gegners, die gleichberechtigte Berücksichtigung des Vortrags

⁵⁷⁵ Vgl. *Jauernig*, ZJP 79 (1966) 321, 327.

⁵⁷⁶ *Minnerop*, S. 78 in Fn. 155; *Holzapfel*, GRUR 2003, 287, 288.

⁵⁷⁷ *Grunsky*, JuS 1976, 277, 284; *Jauernig*, ZJP 79 (1966) 321, 328; *Holzapfel*, GRUR 2003, 287, 288; a.A. *Baur*, BB 1964, 607, 608, der nicht auf die Natur des Unterlassungsanspruchs abstellt, sondern in zeitlicher Hinsicht danach differenziert, ob bereits der Unterlassungsverpflichtung zuwider gehandelt wurde, dann sei § 940 ZPO einschlägig, oder eine solche Zuwiderhandlung noch nicht erfolgt sei, dann sei § 935 ZPO anzuwenden.

⁵⁷⁸ Siehe diesbezüglich auch obige Ausführungen unter C.) I.) 5.), S. 121 f.

⁵⁷⁹ GemSOGB, Beschluss vom 30.04.1979, GmS-OG 1/78, NJW 1980, 172, 174; BVerfGE 49, 220, 226; 42, 64, 73; *Schuschke/Walker*, vor § 916 – 945, Rn. 1 f.; *ders.*, Rn. 63; *Schumann* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 29.

beider Parteien, die hohen Anforderungen an die Überzeugung des Gerichts und die ausschließliche Berücksichtigung der wenigen zugelassenen Beweismittel dazu, dass Hauptsacheurteilen ein hoher Gerechtigkeitsgehalt beigemessen werden kann.⁵⁸⁰

Die Einschränkung bzw. der Verzicht auf diese Erfordernisse in Verfügungsverfahren zulasten des Antragsgegners macht deutlich, dass der Zweck dieser Verfahren nicht gleichermaßen in der Herbeiführung materiell-rechtlich gerechter Entscheidungen besteht. Die Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes dienen nicht dem Zweck, selbst materiell-rechtliche Gerechtigkeit zu schaffen, sondern für den Antragsteller eine Möglichkeit aufrechtzuerhalten, um Rechtsschutz in einem Hauptsacheverfahren zu erlangen. Entsprechend diesem Ziel sind auch die verfahrensrechtlichen Vorgaben für den einstweiligen Rechtsschutz nicht darauf ausgerichtet, gerechte und materiell-rechtlich mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zutreffende Entscheidungen herbeizuführen.

Der einstweilige Rechtsschutz dient somit mittelbar⁵⁸¹ und grundsätzlich nicht unmittelbar der Verwirklichung des materiellen Rechts. Im Zusammenhang mit dieser Differenzierung steht das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache, durch das diese Aufgabenverteilung konserviert werden soll. Zugunsten dieses Grundsatzes können insbesondere der unterschiedliche Charakter und die unterschiedliche Ausgestaltung von Hauptsache- und Verfügungsverfahren angeführt werden.⁵⁸²

Der Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache gilt nicht derart universell, wie seine Bezeichnung vermuten lassen würde. Zwar ist auch in jüngster Zeit von diesem grundsätzlichen Verbot die Rede⁵⁸³, in diversen Bereichen, wie unter anderem bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen, findet er aber keine Anwendung.⁵⁸⁴ Während Ausnahmen vom Verbot zunächst insbesondere für existenzielle Notfälle⁵⁸⁵, insbesondere auf Zahlung von Unterhalt⁵⁸⁶ und auf Versorgung mit Wasser, Elektrizität, etc.⁵⁸⁷, vorgesehen

⁵⁸⁰ Vgl. *Schilken*, S. 103.

⁵⁸¹ *Schuschke/Walker*, vor § 916–945, Rn. 2; *ders.*, Rn. 65; *Haertlein* in *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, Vorbemerkung zu §§ 916–945, Rn. 4.

⁵⁸² Vgl. *MüKoZPO/Drescher*, Vor §§ 916 ff., Rn. 7, m.w.N.

⁵⁸³ Vgl. bspw. BGH, Urteil vom 03.08.2010, VI ZR 113/09, GRUR-RR 2010, 451, 453.

⁵⁸⁴ Siehe bspw. die Nachweise bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 76, Rn. 30 ff.

⁵⁸⁵ *Zöller/Vollkommer*, § 940, Rn. 6; BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 213.

⁵⁸⁶ Vgl. *Schuschke/Walker*, Vor § 935, Rn. 41 (mittlerweile sind nicht mehr die Vorgaben der ZPO, sondern die des FamFG einschlägig).

⁵⁸⁷ *Schuschke/Walker*, Vor § 935, Rn. 36.

waren, mehren sich die Ausnahmen nach und nach. So statuierte der Gesetzgeber beispielsweise in den §§ 19 Abs. 7 MarkenG, 46 Abs. 7 (DesignG) GeschmMG, 140b Abs. 7 PatG, 101 Abs. 7 UrhG, 24b Abs. 7 GebrMG und 37b Abs. 7 SortenSchG die Möglichkeit, in Fällen offensichtlicher Verletzung gewerblicher Schutzrechte oder urheberrechtlich geschützter Rechte Auskunftsansprüche im Wege der e.V. anzuordnen.⁵⁸⁸

Dieser Rechtsentwicklung muss zugutegehalten werden, dass sie der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen kann, wenn Rechtsschutz durch ein entsprechendes Hauptsacheverfahren zu spät käme. Dies gilt insbesondere bei Ansprüchen, die auf eine sofortige Verhaltensänderung ausgerichtet sind, wie bei Unterlassungsansprüchen. Diese entstehen grundsätzlich, sobald eine Zuwiderhandlung droht. Im Fall des Verletzungsunterlassungsanspruchs, das heißt, wenn dem Unterlassungsgebot bereits zuwider gehandelt wird, kommt Rechtsschutz für den Anspruchsinhaber praktisch stets zu spät.⁵⁸⁹ Eine sofortige Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs ist nicht möglich, da jedes gerichtliche Verfahren Zeit in Anspruch nimmt. Zudem ist es nicht möglich, die Unterlassungsverpflichtung für den bis zur Entscheidung des Gerichts vergangenen Zeitraum nachzuholen, die Zuwiderhandlung an sich lässt sich nachträglich nicht mehr rückgängig machen. Insofern unterscheiden sich Unterlassungsansprüche beispielsweise von Ansprüchen, die auf eine einmalige Leistung gerichtet sind, wie auf die Herausgabe einer Sache oder die Zahlung eines Geldbetrags. Diese Handlungen können grundsätzlich auch zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommen werden. Die durch das gerichtliche Verfahren eintretende Verzögerung hat in diesen Fällen grundsätzlich keinen Einfluss auf den Anspruch an sich, sondern bewirkt lediglich eine verzögerte Erfüllung. Nur in Bezug auf diesen Verzögerungsschaden ist dann ausschließlich noch eine Kompensation möglich. Bei Ansprüchen auf eine sofortige Verhaltensänderung kann das materielle Recht durch Hauptsacheverfahren prozessual nur unzureichend umgesetzt werden. Für den Zeitraum von der Anspruchsentstehung bis zum Erlass eines zumindest vorläufig vollstreckbaren Urteils kommt Rechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren zu spät.

Soweit einstweiliger Rechtsschutz es in diesen Fällen ermöglicht, durch eine Vorwegnahme der Hauptsache den Umfang des Zeitraums von der Anspruchsentstehung bis zur

⁵⁸⁸ Die Aufnahme einer solchen Durchsetzungsmöglichkeit in das UWG wurde von der GRUR-Arbeitsgruppe unlauterer Wettbewerb in der Stellungnahme zum Entwurf für eine europäische Richtlinie und ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb angeregt (GRUR, 2003, 127, 132). Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 264.

Gewährung einer ersten Möglichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung möglichst gering zu halten, entfaltet er eine eigenständige Rechtsschutzfunktion und dient dem Anspruchsinhaber damit nicht mittelbar⁵⁹⁰, durch eine dienende Funktion gegenüber einem Hauptsacheverfahren, sondern unmittelbar durch frühzeitige Verwirklichung des materiellen Rechts. Die Geltung des Grundsatzes der Vorwegnahme der Hauptsache würde in diesen Fällen dazu führen, dass dem Anspruchsinhaber zwar Rechtsschutz gewährt wird, dieser aber seinem Umfang nach keine Anspruchsdurchsetzung ermöglichen dürfte. Dies würde die in zeitlicher Hinsicht bestehende Lücke bis zur ersten Möglichkeit der Titulierung in einem Hauptsacheverfahren offenhalten.

Als Konsequenz dieser Rechtsentwicklung können andererseits aber auch irreparable Beeinträchtigungen von Antragsgegnern eintreten, sofern diesen gegenüber unberechtigte Unterlassungsverfügungen ergehen, da deren Wirkung für die Vergangenheit nicht nachträglich beseitigt werden kann.⁵⁹¹ So kann beispielsweise die nach den oben genannten Vorschriften durchgesetzte Auskunftspflicht nicht nachträglich rückgängig gemacht werden. Eine nachträgliche Beseitigung der Kenntnis dieser Informationen ist unmöglich.

Aus Sicht der Antragsteller ist angesichts der Ausdehnung auf Auskunftsansprüche wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte und des Urheberrechts zu befürchten, dass der Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache weiter aufgelöst wird. Für Antragsteller und befassende Gerichte ist diese Entwicklung vorteilhaft. Der Antragsteller erhält eine weitere Möglichkeit, um Anspruchsbegehren durchzusetzen, für die ihm zuvor ausschließlich das Klageverfahren zur Verfügung stand. Für die befassenden Gerichte ist der Aufwand für die Bearbeitung eines Verfügungsverfahrens, insbesondere im Fall der Entscheidung im Beschlussweg, wesentlich geringer als für ein Klageverfahren. Bei Rechtsstreitigkeiten wie beispielsweise auf Auskunftserteilung, die mit dem Erlass der beantragten e.V. enden, wird zudem ein nachfolgendes Hauptsacheverfahren obsolet. Ein Anspruchsteller, der die begehrten Informationen bereits erlangt hat, bedarf selbst dann keines Schutzes durch ein nachfolgendes Hauptsacheverfahren mehr, wenn die erlassene e.V. später aufgehoben wird. Für den Antragsgegner erübrigt sich jeder Rechtsbehelf gegen eine entsprechende e.V., sobald er die Auskünfte erteilt hat. Leidtragende dieser Rechtsentwicklung sind die Antragsgegner, denen in diesen Fällen die Verfahrensrechte des

⁵⁹⁰ Vgl. Schuschke/*Walker*, vor § 916 - 945, Rn. 2.

⁵⁹¹ Vgl. *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 507, der anführt, dass die Entscheidung im Verfügungsverfahren bei Unterlassungsansprüchen in beide Richtungen meistens endgültige Verhältnisse schafft.

Hauptsacheverfahrens nicht zuteil werden. Die Rechtsentwicklung ist somit mit einer Aushöhlung der prozessualen Rechtsposition von Anspruchsgegnern verbunden.

Auch bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen wird dem Rechtsschutzinteresse des Anspruchstellers durch die e.V. bereits vollumfänglich Rechnung getragen. Rechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren ist für ihn nicht mehr erforderlich. Eine Unterlassungsverfügung führt in diesen Konstellationen, entgegen dem gesetzlichen Leitbild, nicht nur zu einstweiligem Rechtsschutz, also vorübergehendem Rechtsschutz, sondern führt regelmäßig zu endgültigen Verhältnissen hinsichtlich der streitgegenständlichen Maßnahmen. Aufgrund dieser einschneidenden Wirkung bedarf nicht mehr der Anspruchsteller des Rechtsschutzes durch ein Hauptsacheverfahren, sondern der Antragsgegner ist nun darauf angewiesen, eine etwaige Verletzung seiner Rechte zu beenden und einen entstandenen Schaden in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen.

Die gesetzliche Vorgabe des § 12 Abs. 2 UWG ist diesbezüglich in formaler Hinsicht nicht unproblematisch. Ihre Formulierung („Zur Sicherung...“) erweckt den Eindruck, als seien lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungen als Sicherungsverfügungen zu qualifizieren. Dies ist zumindest missverständlich⁵⁹², wenn nicht sogar unzutreffend.⁵⁹³ Der Begriff der Sicherung ist im Zusammenhang mit e.V.'en durch § 935 ZPO terminologisch fixiert. Er bezieht sich auf die Erhaltung der Möglichkeit zur Vollstreckung eines Anspruchs durch einen späteren Hauptsachetitel und ist von der Anspruchserfüllung zu unterscheiden.⁵⁹⁴ Bei einem Unterlassungsanspruch ist eine Sicherung nicht möglich⁵⁹⁵ und wird von dem Antragsteller auch nicht beantragt. Dieser begehrt die Verpflichtung des Gegners zur Unterlassung einer bestimmten geschäftlichen Handlung und damit den Erlass einer Befriedigungsverfügung.⁵⁹⁶

⁵⁹² So *Schuschke/Walker*, Vor § 935, Rn. 86.

⁵⁹³ Richtig hingegen Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 115; vgl. hierzu auch *Baur*, BB 1964, 607, 611; *Mansel*, NJW 2002, 89, 98. Im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut wird der Begriff der Sicherung jedoch weiterverwendet, siehe bspw. BGH, Urteil vom 29.09.1978, I ZR 107/77, GRUR 1979, 121, 122 – *Verjährungsunterbrechung*; *Schabenberger*, WRP 2002, 293, 297.

⁵⁹⁴ Siehe zum Verhältnis von Sicherung und Erfüllung bei e.V.'en *Schuschke/Walker*, § 938, Rn. 12.

⁵⁹⁵ *Schuschke/Walker*, vor § 916 – 945, Rn. 4; *Schilken*, S. 155; *Pastor*, WRP 1972, 229; *Grunsky*, JuS 1976, 277, 284; vgl. auch *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1364; *Walker*, Rn. 70 und 140, der allerdings auch von einer Sicherung durch vorübergehende Erfüllung spricht. Diese Terminologie ist im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut der §§ 916 ff. ZPO abzulehnen. Zwischen den Begriffen Sicherung und Durchsetzung ist nach der ZPO zu differenzieren (so auch *ders.* in Rn. 141). Die Aussage, eine vorläufige Durchsetzung führe zu einer Sicherung des hinter dem Erfüllungsanspruch stehenden Rechts, ist zwar vertretbar, sie birgt aber zumindest eine erhebliche Gefahr von Missverständnissen; *Nirk/Kurtze*, Rn. 199 und 220; *Mes/Bopp/Sonntag*, S. 38 „faktisch: zeitweilige Erfüllung“.

⁵⁹⁶ *Dütz*, BB 1980, 533, 537; siehe auch *Pastor*, S. 241.

Zutreffend formuliert sind beispielsweise die Regelungen der § 19 Abs. 7 MarkenG (in der Hauptsache Leistungsurteil) und des § 85 Abs. 1 PatG (in der Hauptsache des § 24 Abs. 1 PatG ergeht ein Gestaltungsurteil⁵⁹⁷).

2.) Anerkennung der Befriedigungsverfügung

Das Gegenstück zum Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache stellt die Befriedigungsverfügung dar. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Anspruchsdurchsetzung im Wege der e.V. ermöglicht und damit die Hauptsache vorwegnimmt.⁵⁹⁸

In begrifflicher Hinsicht ist für e.V.'en zur Durchsetzung von Ansprüchen der Terminus Befriedigungsverfügung vorzugswürdig.⁵⁹⁹ Synonym wird auch der Terminus Leistungsverfügung verwendet. Der Bestandteil Leistung suggeriert aber eine Nähe zum Institut der Leistungsklage und begründet damit die Gefahr von Missverständnissen. Materiell-rechtliche Ansprüche auf eine Leistung können in Verfügungsverfahren, zumindest dem Grundsatz nach, nur gesichert und nicht durchgesetzt werden (vgl. §§ 916 ff., 935 ZPO). Zudem können, aufgrund des weiten Spielraums des Verfügungsgerichts (vgl. § 938 ZPO), bei allen Arten von e.V.'en Leistungsanordnungen ergehen. Daher haben auch durch Sicherungsverfügung angeordnete Maßnahmen oftmals einen Leistungsausspruch zum Inhalt.⁶⁰⁰ Zudem ergehen auch Verfügungen dem grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zuwider (und sind damit als Befriedigungsverfügungen zu qualifizieren⁶⁰¹), die einen rechtsgestaltenden und keinen anordnenden Charakter haben. So insbesondere in den Fällen des § 85 Abs. 1 PatG sowie in der gesellschaftsrechtlichen Konstellation des vorläufigen Entzugs der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft⁶⁰². Überdies widerspricht der Begriff der Leistungsverfügung der begrifflichen Systematik der verschiedenen Formen des einstweiligen Rechtsschutzes. Sowohl der Begriff der Sicherungs- als auch derjenige der Verfügungsverfügung kennzeichnen das mit der Art der Maßnahme verfolgte Ziel und nicht -

⁵⁹⁷ Rogge in Benkard, § 24, Rn. 28.

⁵⁹⁸ Melullis, Rn. 156; Baur, BB 1964, 607, 608.

⁵⁹⁹ Schilken, S. 22; Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 9; ebenso Walker, Rn. 84, der hierdurch die über die Sicherung hinausgehende Wirkung betonen will und zudem den Begriff der Leistung(sverfügung) im Hinblick auf Unterlassungs- und Duldungsansprüche als zu eng sieht.

⁶⁰⁰ Jauernig, ZJP 79 (1966) 321, 325, 328; Schilken, S. 26.

⁶⁰¹ Walker, Rn. 118, m.w.N.

⁶⁰² Diese Möglichkeit wurde vom BGH unter anderem in BGHZ 33, 105 anerkannt.

wie bei Klagen - die Art des begehrten Entscheidungsausspruchs. Dies legt der Begriff der Leistungsverfügung, aufgrund seiner Nähe zum Begriff der Leistungsklage, aber nahe.

In Bezug auf die Befriedigungsverfügung ist umstritten, ob sie als Rechtsfortbildung⁶⁰³ und damit als eine dritte, eigenständige Art e.V.'en neben Sicherungs- und Regelungsverfügung oder als Unterfall der Regelungsverfügung nach § 940 ZPO zu qualifizieren ist.⁶⁰⁴

Unabhängig von dieser Zuordnung wird für die Begründetheit von Befriedigungsverfügungen im Allgemeinen gefordert, dass im Rahmen einer Interessenabwägung festgestellt wird, dass die Interessen des Antragstellers die des Antragsgegners überwiegen.⁶⁰⁵ Von einer Mindermeinung wird dieses Erfordernis als dritte Voraussetzung neben dem Verfügungsanspruch und dem Verfügungsgrund qualifiziert, von der h.M. wird es hingegen als Bestandteil des Verfügungsgrundes angesehen.⁶⁰⁶ Demnach darf eine Befriedigungsverfügung nur erlassen werden, wenn das Gericht positiv feststellt, dass den Interessen des Antragstellers Vorrang vor den Interessen des Antragsgegners gebührt.

Das Erfordernis könnte in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten, je nach Sachverhaltskonstellation, völlig unterschiedliche Ergebnisse zur Folge haben. So dürfte beispielsweise eine Interessenabwägung in den Fällen eines vermeintlichen Verstoßes gegen § 4 Nr. 7 UWG, bei massiven negativen Äußerungen über die geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers regelmäßig zugunsten des Antragstellers ausfallen, da dessen Beeinträchtigung ruinöse Ausmaße annehmen kann und der Handelnde grundsätzlich kein gewichtiges Interesse an herabsetzenden Äußerungen über seine Mitbewerber hat. Andererseits könnte die Interessenabwägung beispielsweise entgegengesetzt ausfallen, sofern ein Mitbewerber, der auf dem betroffenen Markt nur in geringem Umfang tätig ist, einen Konkurrenten, dessen wirtschaftlicher Erfolg maßgeblich auf der geschäftlichen Tätigkeit auf dem betreffenden Markt basiert, auf Unterlassung von Maßnahmen in Anspruch nimmt, die umfangreiche Investitionen erforderten. Im Lauterkeitsrecht wird die Vermutung

⁶⁰³ So *Jauernig*, ZJP 79 (1966) 321, 328; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 469, m.w.N.; *Schuschke/Walker*, Vor § 935, Rn. 29; *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 935, Rn. 31, m.w.N.; *Heinze* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 583.

⁶⁰⁴ Für die Qualifikation als besondere Form der Regelungsverfügung: *Walker*, Rn. 136; *Schellhammer*, Rn. 1948; *Schilken*, S. 113; *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, § 940, Rn. 7; *Zöller/Vollkommer*, § 940, Rn. 6, § 935, Rn. 2, der die Befriedigungsverfügung § 940 ZPO zuordnet, sie aber zugleich als „Fortentwicklung“ der Rechtspraxis bezeichnet; ebenso *Baur*, BB 1964, 607, 608, der die Rechtsgrundlage in § 940 ZPO sieht, die Befriedigungsverfügung aber zugleich als dritte Art der e.V. qualifiziert.

⁶⁰⁵ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

⁶⁰⁶ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

des § 12 Abs. 2 UWG von der ganz h.M. auf den Verfügungsgrund in seiner Gesamtheit und damit auch auf das Erfordernis überwiegender Interessen erstreckt.⁶⁰⁷ Dies hat zur Folge, dass die oben aufgeführten Umstände des Einzelfalls zulasten des Anspruchsgegners nicht berücksichtigt werden können und ggf. überwiegenden Interessen des Anspruchsgegners nicht Rechnung getragen werden kann. Dies führt, entgegen den ansonsten zivilprozessual allgemein geltenden Anforderungen für Befriedigungsverfügungen, zu einer Beschränkung des Prüfungsumfangs auf die summarische Prüfung der materiellen Rechtslage.

Die Anerkennung von Befriedigungsverfügungen begründet ein Konkurrenzverhältnis zwischen Hauptsacheverfahren und (Befriedigungs-) Verfügungsverfahren. Beide Wege führen einstweilig zum gleichen Ergebnis. Auf ein nachfolgendes Hauptsacheverfahren ist ein Antragsteller, anders als bei e.V.'en mit sichernden Anordnungen, nicht mehr angewiesen. Die Anerkennung von Befriedigungsverfügungen hat damit auch maßgeblichen Einfluss auf das Verhältnis des vorläufigen Rechtsschutzes zum Hauptsacherechtsschutz.

3.) Weitgehend einseitige Ausgestaltung des Verfahrens durch weite Auslegung des § 937 Abs. 2 ZPO

Die Stellung des Antragstellers in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren wurde durch Rechtsprechung und Literatur sehr privilegiert ausgestaltet.⁶⁰⁸ Insbesondere durch die großzügige Bejahung der Dringlichkeit i.S.v. § 937 Abs. 2 ZPO⁶⁰⁹ und die hieraus resultierende Folge, dass über das Verfügungsgesuch, entgegen dem gesetzlichen Regelfall⁶¹⁰, ohne mündliche Verhandlung und damit regelmäßig ohne (vollwertiges) rechtliches Gehör des Antragsgegners entschieden wird⁶¹¹. Die Entscheidung im Beschlussverfahren, das auch als einseitiges Verfahren bezeichnet wird, ist in lauterkeitsrechtlichen Verfahren die Regel und nicht die Ausnahme. Zwar gilt die Vorgabe des § 12 Abs. 2 UWG nicht für die Dringlichkeit i.S.v. § 937 Abs. 2 ZPO⁶¹², in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten bejahen die zur Entscheidung berufenen Gerichte aber typischerweise die besondere Dringlichkeit i.S.v. § 937 Abs. 2 ZPO und entscheiden über das Verfügungsgesuch im Beschlussweg.

⁶⁰⁷ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

⁶⁰⁸ Siehe hierzu Abschnitt B.) II.), S. 79 ff.

⁶⁰⁹ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 20.

⁶¹⁰ Siehe die Nachweise unter Fn. 157.

⁶¹¹ Siehe diesbezüglich Abschnitt B.) II.) 1.) b.) ee.), S. 85.

⁶¹² *Teplitzky*, GRUR 1978, 286; *Melullis*, Rn. 160 und 195.

4.) Weiterentwicklung der lückenhaften gesetzlichen Vorgaben zum Verfahrensrecht und Entwicklung neuer Rechtsinstitute

Die wenigen gesetzlichen Vorgaben zum Verfügungsverfahren⁶¹³ wurden durch Rechtsprechung und Literatur fortentwickelt und ergänzt, insbesondere unter Heranziehung der gesetzlichen Regelungen für Hauptsacheverfahren. Nur durch diese Fortentwicklung war es möglich, auch für die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ein detaillierteres Verfahrensrecht zu erarbeiten. Kritikwürdig ist diesbezüglich, dass im Ergebnis nur geringe Unterschiede zwischen den verschiedenen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und deren Anforderungen bestehen, obwohl sich deren Rechtsfolgen stark unterscheiden (bspw. im Verhältnis des dinglichen Arrests zur lauterkeitsrechtlichen Befriedigungsverfügung).

Neben der Fortentwicklung der vorhandenen gesetzlichen Regelungen wurden im Wege der Rechtsfortbildung neue Rechtsinstitute geschaffen, die der besonderen Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes in der Praxis, insbesondere der Befriedigungsverfügung, Rechnung tragen. Zu nennen sind insbesondere die Schutzschrift⁶¹⁴ und das Abschlussverfahren⁶¹⁵. Bezeichnenderweise wurden die Rechtsinstitute im Lauterkeitsrecht, als einem der wichtigsten Anwendungsbereiche e.V.'en⁶¹⁶, entwickelt. Beide Rechtsinstitute dienen der Reduzierung von Unzulänglichkeiten der gesetzlichen Vorgaben für e.V.'en bzw. Verfügungsverfahren.

III.) Gegenüberstellung der gesetzlichen Vorgaben mit der gegenwärtigen Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten

Im Ergebnis weicht die Ausgestaltung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfahrens erheblich von den gesetzlichen Vorgaben für den einstweiligen Rechtsschutz ab.

Von Gesetzes wegen sind e.V.'en grundsätzlich darauf ausgerichtet, eine sichernde Funktion zu entfalten und der Absicherung der Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung aus einem zeitlich nachfolgenden Hauptsachetitel zu dienen.⁶¹⁷ Der Erlass e.V.'en setzt als besondere

⁶¹³ Siehe diesbezüglich obige Ausführungen unter C.) I.) 3.), S. 120 f.

⁶¹⁴ Siehe zum Rechtsinstitut der Schutzschrift die Ausführungen unter A.) V.) 5.), S. 41 ff. und B.) II.) 2.) a.), S. 101.

⁶¹⁵ Siehe zum Rechtsinstitut des Abschlussverfahrens die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

⁶¹⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 18.

⁶¹⁷ Siehe hierzu Abschnitt C.) I.) 1.), S. 117 ff.

Anforderung die sog. Dringlichkeit voraus. Nur für besondere Ausnahmefälle, in denen die Interessen des Antragstellers diejenigen des Antragsgegners überwiegen, ist die Zulässigkeit von Befriedigungsverfügungen anerkannt.⁶¹⁸ Die Entscheidung über den Erlass einer e.V. hat grundsätzlich aufgrund mündlicher Verhandlung zu ergehen. Die Möglichkeit einer Entscheidung ohne Beteiligung des Anspruchsgegners besteht nur ausnahmsweise für Fälle besonderer Dringlichkeit.

Für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche hat das Verfügungsverfahren hingegen die Rolle des primären Verfahrens zur Rechtsdurchsetzung übernommen.⁶¹⁹ Die erlassenen Unterlassungsverfügungen nehmen die Hauptsacheentscheidung vorweg und schaffen oftmals vollendete Tatsachen.⁶²⁰ Unterlassungsklagen folgen den Verfügungsverfahren regelmäßig nicht mehr nach. Sowohl die besondere Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit als auch die des Überwiegens der Interessen des Antragsgegners⁶²¹ werden der Vermutungswirkung des § 12 Abs. 2 UWG unterstellt. Die besondere Dringlichkeit für eine Entscheidung im Beschlussweg wird, entgegen dem gesetzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis⁶²², in der Regel bejaht.⁶²³ Trotz der besonders einschneidenden Wirkung von Unterlassungsverfügungen werden daher letztlich niedrigere Anforderungen an die Erwirkung einer Unterlassungsverfügung gestellt als bei der Rechtsdurchsetzung in einem entsprechenden Klageverfahren.

⁶¹⁸ Siehe hierzu Abschnitt B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

⁶¹⁹ Siehe die Nachweise unter Fn. 19.

⁶²⁰ Siehe Abschnitt A.) V.) 4.), S. 38 ff.

⁶²¹ Siehe Abschnitt B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

⁶²² Siehe die Nachweise unter Fn. 157.

⁶²³ Siehe die Nachweise unter Fn. 20.

D.) Einstweilige Verfügungen mit dem Ziel der negativen Feststellung

I.) Einleitung und Vorgehensweise zur Ermittlung der Statthaftigkeit

Ob einstweilige Verfügungen mit dem Ziel der Feststellung grundsätzlich zulässig – insbesondere überhaupt statthaft - sind, war bereits mehrfach Gegenstand rechtlicher Erörterungen.⁶²⁴ Die Ergebnisse dieser Erörterungen sind uneinheitlich.⁶²⁵

Entsprechend der thematischen Eingrenzung dieser Arbeit⁶²⁶, soll die Frage der Zulässigkeit von e.V.'en auf positive Feststellung nicht erörtert werden und die Begutachtung der Zulässigkeit von e.V.'en auf negative Feststellung nicht generell und für alle zivilprozessualen oder gar zusätzlich verwaltungsgerichtlichen Fallkonstellationen erörtert werden. Das Augenmerk wird auf die besonders zugespitzte Fallkonstellation gerichtet, wie sie lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten in Unterlassungsverfügungsverfahren zugrunde liegt. Diese Konstellation zeichnet sich durch mehrere Besonderheiten aus, die dazu führen, dass es sich für die Gegenseite um eines der einschneidendsten zivilprozessualen Verfahren handelt. Zu nennen sind diesbezüglich insbesondere die Vermutung der Wiederholungsgefahr infolge Erstbegehung⁶²⁷, die Vermutung der Dringlichkeit für Unterlassungsverfügungen gemäß § 12 Abs. 1 UWG⁶²⁸, die Erstreckung der Vermutungswirkung des § 12 Abs. 1 UWG auf das Erfordernis überwiegender Interessen nach der vorherrschenden Rechtslage in der Praxis⁶²⁹, die anerkannte Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache für Unterlassungsverfügungen⁶³⁰, die Häufigkeit von Entscheidungen über lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungen im Beschlussverfahren⁶³¹, die Zeitgebundenheit von Unterlassungsansprüchen⁶³², die zur Folge hat, dass eine ungerechtfertigte e.V. zunächst einmal zu vollendeten Zuständen zulasten des

⁶²⁴ Siehe bspw. *Kohler*, Z郑 103 (1990) 184; *Vogg*, NJW 1993, 1357; *Berger*, Z郑 110 (1997) 287; *Jauernig*, Z郑 79 (1966) 321; *Grunsky*, JuS 1976, 277; *Baur*, BB 1964, 607 oder *Bernreuther*, WRP 2010, 1191.

⁶²⁵ Vgl. diesbezüglich die Ausführungen unter D.) III.) 2.), S. 145 ff.

⁶²⁶ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) I.), S. 17 ff.

⁶²⁷ Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 3.), S. 34 ff.

⁶²⁸ Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 1.), S. 28 ff.

⁶²⁹ Siehe hierzu Abschnitt B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

⁶³⁰ Siehe hierzu Abschnitt C.) III.), S. 130 f.

⁶³¹ Siehe hierzu Abschnitt B.) II.) 1.) b.) ee.), S. 85 ff.

⁶³² Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 9.), S. 56 ff.

Antragsgegners führt, bevor sie ggf. aufgehoben werden kann, die häufig ausschließliche Austragung von Rechtsstreitigkeiten im Verfügungsverfahren⁶³³, der fliegende Gerichtsstand sowie die verbreitete Praxis, dass Antragsteller nach der Einreichung eines Verfügungsgesuchs zunächst Rücksprache mit dem Gericht halten, um die Erfolgsaussichten des Gesuchs vor der Entscheidung ausloten zu können und ggf. ein anderes Gericht mit der Streitigkeit zu befassen⁶³⁴.

Es sei aber darauf hingewiesen, dass die zivilprozessualen Vorgaben der §§ 935 ff. ZPO Vorbildcharakter für eine Reihe weiterer Prozessordnungen haben. So nehmen bspw. sowohl das ArbGG⁶³⁵ als auch die VwGO⁶³⁶ auf die zivilprozessualen Vorschriften Bezug. Die Relevanz der §§ 935 ff. ZPO erstreckt sich somit weit über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus.⁶³⁷ Die Frage, ob ein Bedürfnis eines Anspruchsgegners nach einem Rechtsbehelf zur einstweiligen Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht, kann aufgrund der jeweils unterschiedlichen Interessenlagen nicht einheitlich beantwortet werden. Ein ähnlich dringendes Bedürfnis einer Partei zur Rechtsverteidigung wie in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten wird aber in anderen Rechtsgebieten nur in Ausnahmefällen vorliegen.

Die Frage der Statthaftigkeit bzw. der Zulässigkeit im Allgemeinen steht in engem Zusammenhang mit der Frage, ob ein solches Rechtsinstrument geeignet ist, seinem Initiator einen durch die Rechtsordnung anzuerkennenden Vorteil zu verschaffen. Sofern ein Verfahren hierzu nicht geeignet ist, besteht kein Anlass für die Anerkennung eines derartigen Verfahrens.⁶³⁸ Für ein ungeeignetes Verfahren besteht kein Bedürfnis vonseiten des Antragstellers.⁶³⁹ Es würde den Antragsgegner und das befassende Gericht nutzlos in Anspruch nehmen und die unterliegende Partei unnötig mit Kosten belasten.⁶⁴⁰ Für den Antragsteller wäre es bedeutungslos. Zugleich würden auch die Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigt, wenn die ohnehin bereits erheblich belasteten Gerichte in Anspruch

⁶³³ Siehe hierzu Abschnitt A.) V.) 4.), S. 38 ff.

⁶³⁴ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 429.

⁶³⁵ In § 85 Abs. 2 ArbGG.

⁶³⁶ In § 123 Abs. 3 VwGO.

⁶³⁷ Vgl. auch Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 7.

⁶³⁸ Ebenso Kohler, ZJP 103 (1990) 184, 190, 196 f., der Feststellungsverfügungen zutreffend als Befriedigungsverfügungen qualifiziert, als Rechtsgrundlage für Befriedigungsverfügungen § 940 ZPO heranzieht (umstr.) und dieses Kriterium dem Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit zuordnet.

⁶³⁹ Berger, ZJP 110 (1997) 287, 296.

⁶⁴⁰ Starek, S. 97.

genommen werden könnten, ohne dass Aussicht auf eine Verbesserung der Position des Antragstellers bestünde.

Für die Frage, ob eine neg. Feststellungsverfügung geeignet wäre, die rechtliche Stellung ihres Antragstellers zu verbessern, ist im Folgenden zunächst jeweils die Statthaftigkeit einer entsprechenden e.V. zu unterstellen, um unter dieser Prämisse die materiell-rechtlichen und prozessualen Auswirkungen zu beurteilen.

Zu erörtern ist ggf. weiterhin, welche Qualität ein gefundener Vorteil aufweisen muss, damit er nicht als ungeeignet angesehen werden kann.

Da die Geeignetheit zwar Voraussetzung der Statthaftigkeit ist, letztere aber nicht zwingend zur Folge hat, ist im Anschluss an die Feststellung der Geeignetheit ggf. weiter zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen ein neg. Feststellungsverfügungsgesuch als statthaft anzusehen ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu untersuchen, inwiefern sich eine e.V. auf neg. Feststellung in die gesetzliche Systematik der §§ 935 ff. ZPO einfügt und in diesen Vorschriften eine Rechtsgrundlage findet. Sowie inwiefern eine Anerkennung des Rechtsinstituts der Verwirklichung höherrangiger Rechtsgrundsätze zu dienen vermag oder evtl. sogar durch diese geboten sein könnte.

Nachfolgend sollen zunächst die möglichen Auswirkungen und Vorteile angeführt und die gewichtigsten Einwände gegen Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes mit feststellendem Inhalt benannt werden. Daraufhin werden die vielfältigen Ansichten zur Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen dargelegt und daraufhin überprüft, ob deren Wirkung auch für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsstreitigkeiten fruchtbar gemacht werden kann. Nachdem zu dieser Frage Stellung genommen wurde, sollen eigene, bislang nicht diskutierte Begründungsansätze für die Zulässigkeit e.V.'en auf negative Feststellung im Lauterkeitsrecht erläutert und untersucht werden.

II.) Mögliche Auswirkungen und Vorteile einer einstweiligen Verfügung auf negative Feststellung

Vorliegend soll zunächst nur der Frage nachgegangen werden, ob eine e.V. auf neg. Feststellung im Lauterkeitsrecht überhaupt erstrebenswerte Auswirkungen haben kann. Ob und wie sie die aufgeführten Vorteile tatsächlich erreichen kann und ob sie überhaupt als

statthaft anzuerkennen ist, bleibt der eingehenderen nachfolgenden Begutachtung vorbehalten.

1.) Privilegien aus der Verfahrensstellung als Antragsteller könnten auch dem Anspruchsgegner zum Vorteil gereichen

Ohne Anerkennung einer neg. Feststellungsverfügung ist es nur einem Anspruchsteller möglich, in Bezug auf einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch ein Verfügungsverfahren zu initiieren und hierdurch die Verfahrensposition als Antragsteller zu begründen. Die Rechtslage unterscheidet sich somit von derjenigen in Hauptsacheverfahren, für die durch die Existenz der neg. FK, gemäß § 256 Abs. 1 Var. 2 ZPO, gesetzlich vorgegeben ist, dass beide Parteien einer Unterlassungsstreitigkeit diese eigeninitiativ einer gerichtlichen Klärung zuführen können. Diese vorherrschende Beschränkung des Zugangs führt dazu, dass die prozessualen Privilegierungen des Verfügungsverfahrens ausschließlich Anspruchstellern zugutekommen können. Anders als in Hauptsacheverfahren entsteht damit eine Verknüpfung der mit zahlreichen Vorteilen verbundenen prozessualen Position als Antragsteller und der (behaupteten) materiell-rechtlichen Anspruchsinhaberschaft. Eine Zugangsmöglichkeit für den Anspruchsgegner würde beiden Beteiligten die gleiche Möglichkeit eröffnen, die massiven Begünstigungen des Verfügungsverfahrens für sich in Anspruch zu nehmen, die entscheidend für den Ausgang des Verfahrens sein können⁶⁴¹. Die hierdurch bewirkte Entknüpfung der materiell-rechtlichen von der prozessualen Stellung könnte der Gleichbehandlung der Parteien förderlich sein.⁶⁴²

2.) Prozessökonomische Möglichkeit der (endgültigen) Streitbeilegung

Eine Besonderheit lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten stellt es dar, dass diese gerichtlich überwiegend nur in Form von Verfügungsverfahren ausgetragen werden⁶⁴³, diesen also keine Hauptsacheverfahren nachfolgen. Die Konservierung des durch die e.V. geschaffenen Zustands kann entweder rechtsverbindlich mithilfe eines Abschlussverfahrens⁶⁴⁴ oder schlicht durch die Akzeptanz der getroffenen Entscheidung durch die betroffenen Parteien erfolgen. Diese exklusive Austragung von Streitigkeiten in Verfügungsverfahren führt zu einer Entlastung der Justiz, da die alternative Durchführung von Hauptsacheverfahren mit einem

⁶⁴¹ Siehe diesbezüglich Abschnitt B.) II.) 3.) a.), S. 113 ff.

⁶⁴² Siehe zur möglichst ergebnisoffenen Ausgestaltung des Verfahrensrechts auch Abschnitt B.) II.) 3.) b.), S. 115 f.

⁶⁴³ Siehe die Nachweise in Fn. 137.

⁶⁴⁴ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

wesentlich größeren Aufwand verbunden wäre. Den Parteien bietet die Akzeptanz der Verfügungsentscheidung die Möglichkeit der schnellen und kostengünstigen Streitbeilegung und sie vermeidet einen Zeitraum längerer Rechtsunsicherheit bis zu einer endgültigen Hauptsacheentscheidung.

Diese positiven Wirkungen könnte eine e.V. auf neg. Feststellung gleichermaßen entfalten. Auch diese Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs ist einer Akzeptanz durch die Parteien zugänglich. Im Fall der negativen Entscheidung über sein neg. Feststellungsverfügungsgesuch dürfte dies den Anspruchsgegner regelmäßig zur Unterwerfung bewegen und damit weitere Auseinandersetzungen vermeiden. Mithilfe des Abschlussverfahrens können e.V.'en auf neg. Feststellung ebenfalls zu einer endgültigen Streitbeilegung führen. Die Entscheidung über das Bestehen/Nichtbestehen eines Anspruchs ist der Akzeptanz durch die Parteien in gleichem Maße zugänglich wie die pos. oder neg. Entscheidung über ein Unterlassungsverfügungsgesuch. In letztgenannter Konstellation folgt dies bereits aus der Tatsache, dass die Entscheidung hier identisch mit derjenigen eines erfolgreichen neg. Feststellungsverfügungsgesuchs ist. Bei der Zurückweisung eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs wäre für den Fall eines Abschlussverfahrens, ähnlich wie bei einer Unterwerfung, die zusätzliche Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Wiederholung der Handlung sachgerecht, da die bloße Feststellung des Bestehens des Unterlassungsanspruchs keinen vollstreckbaren Titel zur Folge hat.

3.) Erzielung von Rechts- und Planungssicherheit

Alle gerichtlichen Begehren bzw. Entscheidungen dienen auch der Erzielung von Rechts- und Planungssicherheit.⁶⁴⁵ Bei Feststellungsentscheidungen steht diese Wirkung, mangels vollstreckbaren oder rechtsgestaltenden Inhalts, im Vordergrund.

Das Vertrauen der Beteiligten auf die gerichtliche Entscheidung beruht auf deren Rechtsbeständigkeit und Richtigkeitsgewähr. Der Grad der Rechtsbeständigkeit und der Richtigkeitsgewähr und dementsprechend auch der Grad der Rechts- und Planungssicherheit divergiert zwischen Hauptsacheurteilen und e.V.'en. Verfügungsverfahren sind aufgrund ihres summarischen Charakters und insbesondere im Fall der Entscheidung im Beschlussweg weitaus fehleranfälliger als Hauptsacheverfahren.⁶⁴⁶ Zudem ist ihre

⁶⁴⁵ BGH, Urteil vom 03.11.1995, V ZR 182/94, NJW 1996, 453; Zöller/Greger, § 256, Rn. 1; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256, Rn. 2.

⁶⁴⁶ Vgl. diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 356.

Rechtsbeständigkeit aufgrund der unbefristeten Möglichkeiten der Aufhebung beschränkt.⁶⁴⁷ Dennoch vermögen auch e.V.'en den Beteiligten faktisch eine gewisse Rechts- und Planungssicherheit zu verschaffen. So wird ein befasstes Gericht eine Rechtsfrage in einem Hauptsacheverfahren oftmals nicht im Gegensatz zu seiner vorherigen Eilentscheidung beurteilen und gerade in schnelllebigen Rechtsgebieten erledigen sich Unterlassungsstreitigkeiten häufig, bevor es zu einer Hauptsacheentscheidung oder einer abweichenden Entscheidung im fortgesetzten Verfügungsverfahren kommen kann.

4.) Verhinderung einer Selbstschädigung des Anspruchstellers

Der Erlass beziehungsweise die darauffolgende Vollziehung einer Unterlassungsverfügung sind vom Gesetzgeber nicht ausschließlich als Wohltat ausgestaltet. Das Verfahren ist fehleranfällig und die Gefahr des Erlasses ungerechtfertigter e.V.'en dementsprechend groß. Die Vollziehung einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung begründet die Gefahr einer Haftung nach § 945 ZPO.⁶⁴⁸ Eine solche Gefahr besteht in dieser Form nur für das Verfügungsverfahren und ist dem Hauptsacheverfahren fremd. Zwar besteht für die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil mit § 717 Abs. 2 ZPO eine ähnliche Haftungsanordnung, diese dient allerdings lediglich der Kompensation des Risikos, dass ein Rechtsmittelgericht die Streitigkeit anders beurteilt als das Ausgangsgericht.⁶⁴⁹ § 945 ZPO erfasst hingegen auch die dem Verfügungsverfahren als solchen immanenten Schwächen und dessen erheblich geringere Richtigkeitsgewähr.⁶⁵⁰ Die Gefahr, dass ein Hauptsacheurteil eines Landgerichts oder Oberlandesgerichts durch ein Rechtsmittel aufgehoben wird, ist erheblich geringer als die Gefahr, dass die Anordnung einer e.V. nachträglich in einem Hauptsacheverfahren oder einem Rechtsbehelfsverfahren als ungerechtfertigt beurteilt wird. Eine Hauptsacheentscheidung beruht auf einer vollumfänglichen, nicht lediglich summarischen Prüfung und unterscheidet sich somit grundlegend von einer e.V. und dem für deren Erlass anzuwendenden Maßstab. Bei einer Überprüfung, ob die Anordnung einer e.V. gerechtfertigt war (bspw. im Rahmen einer neg. FK⁶⁵¹ oder eines Verfahrens nach § 926 Abs. 1 ZPO), werden daher andere bzw. wesentlich höhere Anforderungen an den Nachweis des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs gestellt. Im Gegensatz zum Vorgehen aus einem Hauptsacheurteil birgt das Vorgehen eines Anspruchstellers im Wege der e.V. somit

⁶⁴⁷ Siehe Abschnitt B.) II.) 2.) d.), S. 106 ff.

⁶⁴⁸ Siehe zur Gefahr einer Selbstschädigung auch *Teplitzky*, GRUR 1978, 286 f.

⁶⁴⁹ Siehe zu der unterschiedlichen Haftungsgefahr die den beiden Anspruchsgrundlagen zugrunde liegt, *Erman*, JZ 1960, 297, 298.

⁶⁵⁰ Vgl. *Walker*, Rn. 441.

⁶⁵¹ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 501.

eine wesentlich weiterreichende Haftungsgefahr. Von allen Formen e.V.'en kann eine Befriedigungsverfügung, als rein dogmatisch betrachtet weitreichendste Form einstweiligen Rechtsschutzes, den Gegner am umfassendsten beeinträchtigen.

Die Privilegien, die das Verfügungsverfahren für den Antragsteller bereithält, können diesen dazu verleiten, das summarische Verfahren in Anspruch zu nehmen, bevor er sich über die Erfolgsaussichten in einem letztverbindlich ausschließlich maßgeblichen Hauptsacheverfahren ausreichend Gedanken gemacht hat. Auch kann ein Anspruchsteller, der einem Irrtum über die tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen unterliegt, in einem Verfügungsverfahren schnell und vergleichsweise einfach Tatsachen glaubhaft machen, die sich in einem Hauptsacheverfahren als unzutreffend herausstellen können. Zudem kann in Beschlussverfahren die Situation eintreten, dass es beiden Parteien möglich ist, das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Unterlassungsanspruchs glaubhaft zu machen. Mangels Anhörung des Antragsgegners wird der einseitige Vortrag des jeweiligen Antragstellers tendenziell keine Zweifel an der Berechtigung eines Verfügungsbegehrens aufkommen lassen.

Eine neg. Feststellungsverfügung des Anspruchsgegners, mit der festgestellt wird, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht, könnte den Anspruchsteller daran hindern, sich einer Haftung infolge der Vollziehung einer ungerechtfertigten e.V. auszusetzen. Die Fehleranfälligkeit des Verfügungsverfahrens sowie die mit der Vollziehung ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen verbundene Haftungsgefahr führen somit dazu, dass das Unterliegen in einem gegenläufigen neg. Feststellungsverfügungsverfahren für den Anspruchsteller von Vorteil sein kann.

Der Vermeidung einer Schadensersatzverpflichtung nach § 945 ZPO kann für den Anspruchsteller wesentlich größere Bedeutung zukommen als der Durchsetzung einer vermeintlichen entgegengesetzten lauterkeitsrechtlichen Verhaltenspflicht. Der zu erstattende Schaden kann, bspw. bei umfangreichen Werbekampagnen, erhebliche Ausmaße annehmen. Den aus der Durchsetzung einer Unterlassungsverpflichtung resultierenden Vorteil kann die dem Anspruchsteller drohende Schadensersatzverpflichtung weit übersteigen. Anders als bspw. bei einer Zahlungsverpflichtung entsprechen sich bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten der Schaden des unterlegenen Antragsgegners und der Vorteil des obsiegenden Antragstellers regelmäßig nicht.⁶⁵² Anders mag dies in den seltenen Fällen eines Duopols sein, in denen zwei Mitbewerber einen Markt

⁶⁵² Borck, WRP 1979, 274, 275.

unter sich aufteilen. Man denke bspw. an den Markt für Passagierflugzeuge mit den Mitbewerbern Airbus und Boeing. Auch in Fällen des ergänzenden Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG, in denen gerade die Nachahmung der Waren eines konkreten Mitbewerbers die Unlauterkeit begründet und die ihrem Charakter nach der Verletzung von Schutzrechten ähneln, kann der Vorteil der obsiegenden Partei dem Nachteil der unterlegenen Partei entsprechen. Typischerweise besteht der Schaden des unterlegenen Antragsgegners in einer Beeinträchtigung seiner Marktposition durch den Verlust oder einen unterbliebenen Zuwachs von Marktanteilen. Diese Marktanteile erlangt jedenfalls nicht ausschließlich der vollziehende Antragsteller bzw. ein zu erwartender Gewinn von Marktanteilen, der infolge der Unterlassungsverpflichtung nicht eintritt, wäre nicht ausschließlich zulasten des Marktanteils des vollziehenden Mitbewerbers erfolgt.⁶⁵³ Aufgrund der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt und da das Lauterkeitsrecht den Mitbewerbern grundsätzlich keine Marktpositionen zur ausschließlichen Verwertung zuweist, entspricht der Nachteil des unterlegenen Antragsgegners eher der Gesamtheit von Vorteilen, die alle Mitbewerber infolge der Unterlassung erlangen.

In Bezug auf die Anspruchsberechtigten nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG ist zu berücksichtigen, dass diese grundsätzlich kein dem Interesse von Mitbewerbern entsprechendes Eigeninteresse an der Unterlassung einer bestimmten geschäftlichen Handlung haben. Dementsprechend belastet diese Institutionen eine Schadensersatzverpflichtung noch mehr als Mitbewerber, da ihnen infolge einer Unterlassungsverpflichtung des Antragsgegners kein Vorteil zufließt, der zumindest einen Teil des entstandenen und zu erstattenden Schadens abdeckt.

5.) Neg. Feststellungsverfügungen als Schutz gegen die überraschende Vollziehung von Unterlassungsverpflichtungen

Für einen Anspruchsgegner, der eine neg. Feststellungsverfügung beantragt und in diesem Verfahren unterliegt, ist dies vorteilhafter, als in der gegenläufigen Konstellation als Antragsgegner eines Unterlassungsverfügungsverfahrens zu unterliegen. In beiden Konstellationen wird festgestellt, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht. Bei einem eigens initiierten Verfahren erhält der Anspruchsgegner Kenntnis von dem negativen Ausgang des Verfahrens, unabhängig davon, ob über dieses im Beschluss- oder im Urteilsverfahren entschieden wird. Diese Kenntnis verschafft ihm die Möglichkeit, sich gegenläufigen Unterlassungsverfügungsverfahren durch die Abgabe einer straf-

⁶⁵³ Vgl. *Borck*, WRP 1980, 375, 379.

bewehrten Unterlassungserklärung zu erwehren. Die Erklärung hat zur Folge, dass die materiell-rechtliche Wiederholungsgefahr des im Rahmen des Verfügungsverfahrens festgestellten Unterlassungsanspruchs erlischt und der Unterlassungsanspruch untergeht und nicht mehr tituliert werden kann. Nach der Zurückweisung eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs ist die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass die Gegenpartei aus eigenem Interesse eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt. Vermag der Anspruchsgegner das Gericht nicht einmal mithilfe der Privilegien des Verfügungsverfahrens von der Unbegründetheit des geltend gemachten Begehrens zu überzeugen, so besteht eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass das gegnerische Anspruchsbegehren begründet ist. Nutzt der Anspruchsgegner die Gelegenheit zur Unterwerfung nicht, so steht es dem Anspruchsteller frei, im Wege der Unterlassungsklage oder eines eigenen Verfügungsgesuchs einen Unterlassungstitel zu erwirken.

Als unterlegenem Antragsgegner eines Unterlassungsverfügungsverfahrens droht dem Anspruchsgegner hingegen die überraschende Vollziehung der Unterlassungsverpflichtung. Bei den im Lauterkeitsrecht häufigen Beschlussentscheidungen erlangt der Antragsgegner keine Kenntnis von der Einleitung des Verfahrens und der Entscheidung des Gerichts. Selbst wenn dem Antragsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Verfügungsgesuch gegeben wurde, erfährt er nicht, wie die Entscheidung des Gerichts ausgefallen ist. Zudem stellt sich für den Anspruchsgegner die Frage, ob und ggf. zu welchem Zeitpunkt der obsiegende Anspruchsteller ihm die Entscheidung zustellen lässt und sie der Anspruchsgegner damit zu beachten hat. All diese Folgen sind Auswirkungen des Überraschungsgedankens des einstweiligen Rechtsschutzes.⁶⁵⁴

Für den Anspruchsgegner haben diese Auswirkungen zur Folge, dass er sich nicht sicher sein kann, dass ihm bestimmte geschäftliche Handlungen nicht kurzfristig untersagt werden und er diese daraufhin nicht mehr durchführen kann. Dem Anspruchsteller eröffnen diese zivilprozessualen Besonderheiten hingegen diverse taktische Vorgehensmöglichkeiten, wie beispielsweise die einer Schubladenverfügung. Für den geschäftlich Handelnden führen diese Folgen hingegen zu einer erheblichen Einschränkung seiner Planungssicherheit. Dies ist bspw. der Fall, wenn sich die Frage stellt, ob in Bezug auf bestimmte geschäftliche Handlungen größere Investitionen erfolgen sollen, deren Vornahme aber beanstandet wird. Hier könnte dem geschäftlich Handelnden eine vorläufig verbindliche Klärung der Unterlassungsverpflichtung Gewissheit verschaffen, ob die Handlung voraussichtlich weiter vorgenommen werden darf und daher investiert werden kann, oder ob eine gerichtliche

⁶⁵⁴ Siehe hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) ff.), S. 89 ff.

Untersagung zum ungünstigsten Zeitpunkt droht und daher jede weitere Investition mit erheblichen Risiken verbunden ist.

6.) Möglichkeit zum Schutz des Anspruchsgegners vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen

Neg. Feststellungsverfügungen würden einen erheblichen Vorteil für Anspruchsgegner begründen, wenn sie dazu dienen könnten, diese vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen zu schützen. Für Anspruchsgegner besteht aufgrund des prozessualen Privilegs keine Möglichkeit, sich unmittelbar gegen die Erwirkung einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung zu wenden.⁶⁵⁵ Auch führt die unbegründete außergerichtliche Geltendmachung lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche nicht zu Gegenansprüchen, die ihrerseits im Wege der e.V. durchgesetzt werden könnten und der Erwirkung ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen entgegenstünden.⁶⁵⁶

Hier könnten neg. Feststellungsverfügungen bzw. neg. Feststellungsverfügungsverfahren eine Rechtsschutzmöglichkeit begründen, wenn das Verfahren oder dessen Endentscheidung ein Prozesshindernis zulasten gegenläufiger Unterlassungsverfügungsverfahren begründen würde oder wenn neg. Feststellungsverfügungen eine inhaltliche Bindungswirkung für gegenläufige Unterlassungsverfügungsverfahren entfalten würden.

⁶⁵⁵ Siehe Abschnitt B.) I.) 3.), S. 70 ff.

⁶⁵⁶ Siehe die Ausführungen unter Abschnitt B.) I.) 3.), S. 70 ff.

III.) Meinungsstand zur Statthaftigkeit und zu den Wirkungen neg. Feststellungsverfügungen

1.) Einwendungen gegen das Rechtsinstitut

Gegen die Statthaftigkeit neg. Feststellungsverfügungen beziehungsweise von Feststellungsverfügungen im Allgemeinen wird angeführt, dass ein solches Rechtsinstrument die Schwächen mehrerer anderer Rechtsinstitute in sich vereine und infolgedessen nicht geeignet sei, dem Antragsteller zu wirksamem Schutz zu verhelfen.⁶⁵⁷

Tatsächlich würde das Rechtsinstrument die Schwächen von Feststellungsentscheidungen bzw. –begehren und von Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes in sich vereinen. In Bezug auf Feststellungsentscheidungen bzw. –begehren sind insbesondere die mangelnde Vollstreckbarkeit⁶⁵⁸ und im Verhältnis von pos. Feststellungsbegehren zu Leistungsbegehren der Vorrang Letzterer zu nennen⁶⁵⁹. Als Schwächen von Eilentscheidungen werden die vielfältigen Möglichkeiten zu deren Aufhebung und der mangelnde Einfluss auf Hauptsacheverfahren angeführt.⁶⁶⁰ Mehrfach wird vertreten, dass die Kombination des Ziels der Feststellung mit den beschränkten Rechtskraftwirkungen von Eilentscheidungen dazu führe, dass neg. Feststellungsverfügungen ihr Ziel - der Herbeiführung von endgültiger Rechtssicherheit - nicht erreichen können, da abweichende Entscheidungen weiterhin möglich bleiben.⁶⁶¹ Somit könnten keine Feststellungswirkungen

⁶⁵⁷ Vgl. *Berger*, Z郑 110 (1997) 287, 289; *Schäfer*, Rn. 27; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 465a. In der Entscheidung OLG Celle, Urteil vom 09.10.1989, 9 U 186/89, NJW 1990, 582, 583, ließ das Gericht die grundsätzliche Statthaftigkeit von e.V.'en mit (pos.) feststellendem Inhalt mit dem Argument dahinstehen, dass jedenfalls eine e.V. auf Unterlassung bestimmter Maßnahmen vorrangig gewesen wäre.

⁶⁵⁸ Diesen Gesichtspunkt betonen insbesondere *Ganslmayer*, S. 32; *Kohler*, Z郑 103 (1990) 184, 190; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt B, Rn. 153.

⁶⁵⁹ Siehe Abschnitt D.) IV.) 1.) c.) cc.) aaa.) aaaa.), S. 186 f.

⁶⁶⁰ *Schäfer*, Rn. 27, der Feststellungsverfügungen grundsätzlich ablehnt, da sie dem Antragsteller mangels endgültiger Klärung der Rechtsstreitigkeit keine Sicherheit verschaffen können, andererseits aber eine neg. Feststellungsverfügung in Bezug auf die arbeitsrechtliche Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG anerkennt (Rn. 28 und 81). Diese Ausnahme entspricht der herrschenden arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, ist mit der Erwägung, dass Feststellungsverfügungen nicht anzuerkennen seien, da sie keine endgültige Rechtssicherheit schaffen können, aber kaum vereinbar; LAG Hamm, Beschluss vom 21.05.2008, 10 TaBVGa 7/08, FD-ArbR 2008, 264997; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.11.1996, 9 Sa 725/96, BB 1997, 1643; vgl. auch *Kohler*, Z郑 103 (1990) 184, 195 f.

⁶⁶¹ *Berger*, Z郑 110 (1997) 287, 295 ff.; *Starek*, S. 172.

erzielt werden, die für den Antragsteller einen Rechtsvorteil begründen, der es rechtfertigen würde, die Statthaftigkeit von Feststellungsverfügungen anzuerkennen.⁶⁶²

In Bezug auf diese Argumentation sind zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Die mangelnde Vollstreck- bzw. Vollziehbarkeit kann der Anerkennung von Feststellungsverfügungen nicht entgegenstehen.⁶⁶³ Der Vollstreckung sind ausschließlich Entscheidungen mit anordnendem Charakter zugänglich. E.V.'en können nach ganz h.M. aber auch rechtsgestaltende Anordnungen zur Folge haben.⁶⁶⁴ Entweder kann ein Antragsteller in der Sache eine Umgestaltung der materiellen Rechtslage begehren und im Wege der e.V. die vorläufige Durchsetzung dieses Begehrens erreichen⁶⁶⁵, oder ein befasstes Gericht kann nach § 938 ZPO rechtsgestaltende Anordnungen treffen.⁶⁶⁶ Obwohl e.V.'en mit rechtsgestaltenden Anordnungen nicht vollstreckbar sind, wird ihre rechtliche Zulässigkeit nicht bezweifelt. Folglich kann allein die mangelnde Vollstreckbarkeit der Anerkennung von Feststellungsverfügungen nicht entgegenstehen.

Auch sind Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes von Gesetzes wegen nicht dazu bestimmt, Wirkungen herbeizuführen, die den Wirkungen von Hauptsacheentscheidungen entsprechen. Grundsätzlich stehen alle Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes unter dem Vorbehalt einer abweichenden Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren. Dies belegen beispielsweise die §§ 945 und 926 (i.V.m. 936) ZPO.⁶⁶⁷ Zwar führen e.V.'en gerade in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten oftmals zu einer endgültigen Streitbeilegung, dies wurde mit der Schaffung dieser Rechtsschutzform aber nicht bezweckt, weshalb die ZPO auch keine Möglichkeit vorsieht, eine Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes einem Hauptsachetitel gleichzustellen. Diese Möglichkeit hat erst die lauterkeitsrechtliche Praxis durch die Einführung und Anerkennung des Rechtsinstituts der Abschlusserklärung geschaffen. Dementsprechend müssen die Anforderungen an die Wirkungen e.V.'en an deren gesetzlich vorgegebenem Zweck

⁶⁶² Schäfer, Rn. 27; vgl. auch LAG Hamm, Beschluss vom 21.05.2008, 10 TaBVGa 7/08, FD-ArbR 2008, 264997 und LAG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.1995, 12 TaBV 69/95, NZA-RR 1996, 12, 13.

⁶⁶³ Kohler, Z郑 103 (1990) 184, 190 f.; a.A. Walker, Rn. 218.

⁶⁶⁴ BGHZ 33, 105, 107 ff.; Stein/Jonas/Grunsky, § 938, Rn. 6 ff.; Jauernig, Z郑 79 (1966) 321, 333 ff.

⁶⁶⁵ Stein/Jonas/Grunsky, § 938, Rn. 7 f.; siehe auch die Konstellation des § 85 Abs. 1 PatG.

⁶⁶⁶ Stein/Jonas/Grunsky, § 938, Rn. 9 ff., m.w.N.

⁶⁶⁷ Vgl. Kohler, Z郑 103 (1990) 184, 188 und 191.

ausgerichtet werden, der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.⁶⁶⁸ Entscheidend muss somit sein, ob neg. Feststellungsverfügungen geeignet sein können, ihrem Antragsteller zu einstweiligem Schutz vor Beeinträchtigungen ihrer Rechtsposition zu verhelfen.⁶⁶⁹

2.) Vertretene Begründungen für die Anerkennung (neg.) Feststellungsverfügungen und deren hypothetische Auswirkungen im Lauterkeitsrecht

Hinsichtlich der (Un-) Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen herrscht ein weites Meinungsspektrum.⁶⁷⁰ Noch umfangreicher ist die Anzahl der diversen Begründungsansätze, die in der Diskussion stehen. Nachfolgend sollen die Meinungen, die sich für die Anerkennung von (neg.) Feststellungsverfügungen aussprechen, daraufhin untersucht werden, ob sich aus ihnen ein anzuerkennender Anwendungsbereich für neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht ergeben.

a.) Endgültige Streitentscheidung durch Feststellungsverfügungen

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Die am weitesten reichende Ansicht zu den Wirkungen von Feststellungsverfügungen vertritt, dass eine erlassene Feststellungsentscheidung nicht nur für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern auch für ein ggf. nachfolgendes Hauptsacheverfahren rechtsverbindlich sei.⁶⁷¹ Diese einschneidende Wirkung folge daraus, dass das Ziel von Feststellungsentscheidungen in der Klärung der Rechtslage und der Schaffung von Planungssicherheit bestehe. Diese Ziele könnten nur erreicht werden, wenn sich der obsiegende Antragsteller auf die Beständigkeit der Gerichtsentscheidung verlassen kann. Dies werde durch die Verbindlichkeit der Entscheidung für ein nachfolgendes Hauptsache-

⁶⁶⁸ Kohler, ZZP 103 (1990) 184, 190.

⁶⁶⁹ Kohler, ZZP 103 (1990) 184, 190.

⁶⁷⁰ Für die (begrenzte) Anerkennung sprechen sich unter anderem aus: Zöller/Vollkommer, § 935, Rn. 2; Schuschke/Walker, § 940, Rn. 14; Vogg, NJW 1993, 1357; Kohler, ZZP 103 (1990) 184, 192; Grunsky, JuS 1976, 277, 284; ders. in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 60; Bernreuther, WRP 2010, 1191; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt A, Rn. 465a. Ablehnend bspw. Gerhardt, ZZP 109 (1996) 534, 542; Berger, ZZP 110 (1997) 287, 292 und 302; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 76, Rn. 14, bis auf einen engen Ausnahmefall; Luckscheiter, S. 59 f., ablehnend bis auf einen Ausnahmefall; Schäfer, Rn. 27, bis auf einen arbeitsrechtlichen Ausnahmefall; Starek, S. 171, bis auf wenige Ausnahmekonstellationen; Teplitzky, Kap. 55, Rn. 24b, grds. abzulehnen, außer bei dringendem Bedürfnis; Schuschke/Walker, Vor § 916-945, Rn 11; OLG München, Beschluss vom 06.10.1993, 27 W 227/93, OLGR 1994, 85, „im Regelfall nicht“, mit wenig überzeugender Ableitung aus § 938 ZPO.

⁶⁷¹ Grunsky, JuS 1976, 277, 284 f.; ders. in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 60; Morbach, S. 106 f.

verfahren bzw. den Ausschluss der Aufhebbarkeit der Entscheidung sichergestellt.⁶⁷² Daher seien die Rechtsbehelfe ausgeschlossen, die zu einer späteren Überprüfung in einem Hauptsacheverfahren führen können.⁶⁷³ Wie die Rechtsansicht nicht verkennt, wird die Hauptsache durch diese Wirkungen nicht nur für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern auch für das Hauptsacheverfahren vorweggenommen.⁶⁷⁴ Hierbei handelt es sich allerdings nicht (nur) um die übliche Vorwegnahme der Hauptsache in dem Sinne, dass mit einer e.V. dasselbe Antragsbegehren wie in einem entsprechenden Hauptsacheverfahren geltend gemacht wird⁶⁷⁵, es wird vielmehr auch die Wirkung einer e.V. stark an die einer Hauptsacheentscheidung angenähert. Die feststellende e.V. sei in ihrer Wirkung daher „endgültiger“ als andere e.V.’en, welche die Hauptsache vorwegnehmen.⁶⁷⁶ Beide Verfahren würden also durch ein vereinfachtes Verfahren in Gestalt des e.V. – Verfahrens ersetzt. Aufgrund dieser einschneidenden Wirkungen seien derartige Verfügungen „wirklich nur in ganz engen Grenzen zuzulassen“.⁶⁷⁷ Dies gelte selbst bei auf den ersten Blick eindeutigen Fällen.⁶⁷⁸

bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht

Im Lauterkeitsrecht könnte eine neg. Feststellungsverfügung mit diesen Wirkungen einen Anspruchsgegner zumindest vor abweichenden Unterlassungsklagen wirksam schützen. Durch die Verbindlichkeit der Feststellungsentscheidung für ein nachfolgendes Hauptsacheverfahren stünde für dieses fest, dass ein geltend gemachter Unterlassungsanspruch nicht bestehen kann. Zu den Auswirkungen einer Feststellungsverfügung auf gegenläufige Unterlassungsverfügungen beziehungsweise entsprechende Verfügungsverfahren nehmen die Befürworter dieser Ansicht nicht explizit Stellung. Soll eine Feststellungsverfügung ihrem Initiator endgültige Rechtssicherheit verschaffen, so kann sie dieses Ziel nur erreichen, wenn sie nicht nur Unterlassungsklagen, sondern auch Unterlassungsverfügungsgesuchen entgegensteht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Allgemeinen nicht mehr zulässig sind, wenn bereits eine rechtskräftige Hauptsache-

⁶⁷² Grunsky, JuS 1976, 277, 284; ders. in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 60.

⁶⁷³ So ausdrücklich für §§ 936, 926 ZPO, Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935, Rn. 60.

⁶⁷⁴ Grunsky, JuS 1976, 277, 284 f.; ders. in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 60.

⁶⁷⁵ Siehe Berger, ZZP 110 (1997) 287, 299. Siehe diesbezüglich auch obige Ausführungen unter Abschnitt C.) I.) 5.), S. 121 f.

⁶⁷⁶ Grunsky, JuS 1976, 277, 284 f.

⁶⁷⁷ Grunsky, JuS 1976, 277, 285; ders. in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 60.

⁶⁷⁸ Grunsky, JuS 1976, 277, 285.

entscheidung existiert. Damit wäre sie geeignet, den Anspruchsgegner wirksam vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen zu schützen.

cc.) Stellungnahme

Die von dieser Ansicht befürwortete Wirkung feststellender e.V.'en widerspricht dem Charakter e.V.'en und ist daher abzulehnen.⁶⁷⁹ Den gesetzlichen Vorgaben der ZPO kann die postulierte Wirkung nicht entnommen werden. Oben wurde bereits dargelegt⁶⁸⁰, dass Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht auf eine endgültige Streitbeilegung angelegt sind.⁶⁸¹ Auch sieht das Zivilverfahrensrecht keinen Einfluss der Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes auf Hauptsacheurteile in derselben Sache vor. Wie sich insbesondere aus §§ 936, 926 und 945 ZPO ergibt, kommt Hauptsacheentscheidungen vielmehr ein Vorrang vor entsprechenden Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes zu.⁶⁸² Dies ist auch *Grunsky*, dem prominentesten Befürworter dieser Ansicht, bewusst, wenn er sich zwar grundsätzlich für die Zulässigkeit feststellender e.V.'en ausspricht und diesen die oben aufgezeigte Wirkung beimessen will, andererseits aber den Anwendungsbereich möglichst eng eingrenzen will. Dass diese Einschränkung des Anwendungsbereichs für erforderlich gehalten wird, belegt bereits, auf welcher unsicherer Grundlage die Rechtsansicht fußt. Wie von *Grunsky* selbst angeführt, hat die vertretene Ansicht eine Art vereinfachtes Verfahren für die endgültige Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zur Folge.⁶⁸³ Derartige Verfahren sind der Zivilprozessordnung grundsätzlich fremd.⁶⁸⁴ Eine dogmatische Grundlage für die von der Rechtsansicht befürwortete Unanwendbarkeit gesetzlicher Vorschriften ist nicht ersichtlich.⁶⁸⁵ Die Ansicht ist erkennbar von der Absicht getragen, einer Partei zu endgültiger Planungssicherheit zu verhelfen, wenn diese in der konkreten Situation als schutzwürdig erachtet wird. Endgültige Planungssicherheit kann jedoch nur durch endgültig wirkende Entscheidungen erreicht werden. Endgültige Entscheidungen widersprechen aber

⁶⁷⁹ Vgl. *Kohler*, ZJP 103 (1990) 184, 188 und 195 f.; *Starek*, S. 92 ff.; *Nirk/Kurtze*, Rn. 542; *Schilken* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 610 f.; *Luckscheiter*, S. 59 f.; *Gerhardt*, ZJP 109 (1996) 534, 542; *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1364.

⁶⁸⁰ Siehe obige Ausführungen unter Abschnitt B.) II.) 2.) c.), S. 103 ff.

⁶⁸¹ *Starek*, S. 93.

⁶⁸² *Starek*, S. 92, m.w.N.; *Kohler*, ZJP 103 (1990) 184, 188; *Berger*, ZJP 110 (1997) 287, 298 f.; vgl. *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1364 f.; *Teplitzky*, NJW 1984, 850 f.

⁶⁸³ *Grunsky*, JuS 1976, 277, 284; *ders.* in Stein/Jonas, vor § 935, Rn. 60; *Berger*, ZJP 110 (1997) 287, 299.

⁶⁸⁴ *Grunsky*, JuS 1976, 277, 284.

⁶⁸⁵ *Starek*, S. 94.

dem Charakter der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, was bereits die Bezeichnung deutlich macht. Dies wird auch von *Grunsky* nicht verkannt.⁶⁸⁶

Die in diesem Zusammenhang aufgestellte Behauptung, die auf Herbeiführung von Rechtssicherheit abzielende feststellende e.V. sei „endgültiger“ als andere einstweilige Entscheidungen, wäre aufgrund des postulierten Einflusses auf die Möglichkeiten zur Beseitigung der Entscheidung richtig. Der Sache nach würde es sich indes überhaupt nicht mehr um eine einstweilige Entscheidung handeln, da eben gerade eine endgültige Wirkung hervorgerufen würde.

Sehr fraglich erscheint zudem, weshalb einer e.V. mit feststellendem Inhalt eine derart weiterreichende Wirkung als e.V.’en mit anordnendem oder gestaltendem Inhalt zukommen sollte. Ein Grund für diese Differenzierung könnte darin bestehen, dass Feststellungsentscheidungen im Gegensatz zu anordnenden e.V.’en nicht der Vollstreckung/Vollziehung zugänglich sind und im Gegensatz zu rechtsgestaltenden e.V.’en keine Umgestaltung der Rechtslage zur Folge haben, sondern Feststellungsentscheidungen lediglich eine bestehende Rechtslage verbindlich aufzeigen und diese Verbindlichkeit bei Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes von Gesetzes wegen nur vorläufiger Natur ist. Dieser strukturelle Unterschied rechtfertigt jedoch keine Überprivilegierung von Feststellungsverfügungen. Zudem lässt die Ansicht unberücksichtigt, dass jeder gerichtlichen Entscheidung ein Feststellungselement innewohnt.⁶⁸⁷ Bei zurück-/abweisenden Entscheidungen handelt es sich ebenfalls um Feststellungsentscheidungen.⁶⁸⁸ Auch bei anordnenden⁶⁸⁹ oder gestaltenden⁶⁹⁰ Entscheidungen wird die Rechtslage durch das Gericht festgestellt und dann aufgrund dieser Feststellung eine entsprechende Leistungsanordnung getroffen oder eine Rechtsgestaltung ausgesprochen. Der Mangel über die Feststellung hinausgehender Elemente rechtfertigt nicht die Zuerkennung besonders weitreichender Wirkungen an das allen Entscheidungsformen innewohnende Feststellungselement.

⁶⁸⁶ Vgl. *Grunsky*, JuS 1976, 277, 283, wo es heißt: „Dagegen kann es grundsätzlich nicht Aufgabe des summarischen Verfahrens sein, den zwischen den Beteiligten bestehenden Streit endgültig zu entscheiden. Der Vorrang des Hauptsacheverfahrens zeigt sich klar in § 926...“.

⁶⁸⁷ *Baltzer*, S. 106, 154.

⁶⁸⁸ *Jauernig/Hess*, § 34, Rn. 1; *Reichold* in *Thomas/Putzo*, Vorbem § 253, Rn. 4; *Stein/Jonas/Roth*, vor § 253, Rn. 71, § 256, Rn. 5; *Baltzer*, S. 69, 105 f. und 155; *Lüke*, JuS 1969, 301; *Zöller/Vollkommer*, Vor § 322, Rn. 41; *MüKoZPO/Becker-Eberhard*, § 256, Rn. 2.

⁶⁸⁹ Vgl. *Jauernig/Hess*, § 34, Rn. 2; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Grundz § 253, Rn. 8; *Stein/Jonas/Roth*, vor § 253, Rn. 74 und 83, der zutreffend anführt, dass diese Feststellungswirkung auch in der Formulierung des § 767 Abs. 1 ZPO („...den durch das Urteil festgestellten Anspruch...“) zum Ausdruck kommt; *Baltzer*, S. 105 f.

⁶⁹⁰ *Stein/Jonas/Roth*, vor § 253, Rn. 103, § 256, Rn. 5; *Baltzer*, S. 105 f.

Auch im Hinblick auf die unterschiedliche Ausgestaltung der Verfahren vermag die vertretene Wirkung von Feststellungsverfügungen nicht zu überzeugen. Die Verfahrensvorschriften für den einstweiligen Rechtsschutz und den Hauptsacherechtsschutz unterscheiden sich erheblich.⁶⁹¹ Diese Unterschiede haben eine wesentlich höhere Richtigkeitsgewähr von Hauptsacheentscheidungen im Vergleich zu Eilentscheidungen zur Folge.⁶⁹² Für die Endentscheidungen beider Verfahren dieselbe Rechtsbeständigkeit vorzusehen, würde diesen Unterschieden nicht gerecht. Die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der Aufhebung e.V.'en und die Haftung nach § 945 ZPO sind als Ausgleich für die prozessualen Privilegien des Antragstellers eines Verfügungsverfahrens dringend geboten. Es ist erst aufgrund der erleichterten Möglichkeiten zur Beseitigung von Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes gerechtfertigt, dieses Verfahren zugunsten des Antragstellers mit Privilegien auszustatten, die den Antragsgegner benachteiligen.⁶⁹³

b.) Endgültige Streitentscheidung als Resultat des Wesens gerichtlicher Entscheidungen

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Vereinzelte wird vertreten, feststellenden Eilentscheidungen müsste eine endgültige Verbindlichkeit zukommen, da aus dem Wesen gerichtlicher Feststellungsentscheidungen folge, dass diese nicht vorläufig oder überschlägig möglich seien.⁶⁹⁴ Die zitierten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen wenden über landesrechtliche Personalvertretungsgesetze und die Verweisungsnorm des § 85 Abs. 2 ArbGG die §§ 935 ff. ZPO an.⁶⁹⁵ Entsprechend der Thematik dieser Bearbeitung soll vorliegend nicht die in diesen Entscheidungen vertretene Rechtsansicht einer Prüfung unterzogen werden, dass die Besonderheiten des Personalvertretungsrechts es gebieten, in diesem Bereich e.V.'en mit feststellendem Inhalt zuzulassen⁶⁹⁶. Diese Rechtsfrage ist für die vorliegende Bearbeitung irrelevant. Insbesondere ist auch die zugrunde liegende Interessenlage nicht vergleichbar, da die Anwendbarkeit in personalvertretungsrechtlichen Angelegenheiten mit der Objektivität

⁶⁹¹ Vgl. diesbezüglich auch obige Ausführungen unter B.) II.), S. 79 ff.

⁶⁹² Siehe die Nachweise unter Fn. 356.

⁶⁹³ *Berger*, ZZP 110 (1997) 287, 295 f.

⁶⁹⁴ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14.10.1991, 1 B 1690/91. PVL, PersonalV 1992, 90, 93; VG Minden, Beschluss vom 04.07.1996, 12 L 664/96, PersonalV 1997, 333, 334; vgl. hierzu auch *Starek*, S. 96.

⁶⁹⁵ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14.10.1991, 1 B 1690/91. PVL, PersonalV 1992, 90, 93.

⁶⁹⁶ Ebenso BVerwG, Beschluss vom 15.03.1995, 6 P 31/93, NVwZ 1997, 80; Hessischer VGH, Beschluss vom 01.06.1994, TL 864/94, Der Personalrat 1994, 431 f.

des Verfahrens begründet wird, in dem es nicht um die Durchsetzung von Individualansprüchen geht.⁶⁹⁷ Diese Interessenlage ist mit der Interessenlage lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten nicht vergleichbar.

bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht

Die postulierte Rechtsansicht, gerichtliche Feststellungsentscheidungen seien nicht vorläufig oder überschlägig, sondern nur abschließend möglich, ist von einer solchen Allgemeingültigkeit, dass sie auch für zivilprozessuale Eilentscheidungen Geltung beansprucht, insbesondere da deren Vertreter sie auf e.V.'en nach den §§ 935 ff. ZPO anwenden. Dementsprechend ließe sich mit dieser Argumentation auch die endgültige Wirkung neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht begründen. Damit könnte ein Antragsgegner mit einer neg. Feststellungsverfügung endgültig feststellen lassen, dass ein vonseiten des Gegners geltend gemachter Unterlassungsanspruch nicht besteht.

cc.) Stellungnahme

Da diese Ansicht das oben unter lit. a) bereits genannte Ergebnis mit einer abweichenden Begründung vertritt, kann hinsichtlich der entgegenstehenden Argumente weitgehend auf dortige Ausführungen verwiesen werden. Verbindlichkeit und Reichweite gerichtlicher Entscheidungen richten sich nach ihrem Charakter als Entscheidung des vorläufigen Rechtsschutzes oder als Hauptsacheurteil. Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes kommt, entsprechend ihrem Charakter, lediglich vorläufige Verbindlichkeit zu.⁶⁹⁸ Die gesetzlichen Vorgaben der §§ 926 i.V.m. 936, 945 ZPO machen dies hinreichend deutlich. Dementsprechend führt eine Feststellungsverfügung durchaus zu einer verbindlichen Feststellung, diese Verbindlichkeit ist jedoch, wie bei allen Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes, auf das Verfügungsverfahren beschränkt und erstreckt sich nicht auf ein entsprechendes Hauptsacheverfahren. Da Feststellungsverfügungen als Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes keine endgültige Feststellungswirkung zuerkannt werden kann, ist die Ansicht abzulehnen.

⁶⁹⁷ Hessischer VGH, Beschluss vom 01.06.1994, TL 864/94, Der Personalrat 1994, 431 f.

⁶⁹⁸ *Starek*, S. 97.

- c.) Erhaltung der Möglichkeit zur Verhängung von Ordnungsgeldern nach Beendigung einmaliger Zuwiderhandlungen

- aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Pastor hat sich dafür ausgesprochen, im Lauterkeitsrecht Feststellungsverfügungen anzuerkennen, durch welche die Verpflichtung zum Schadensersatz im Fall der Zuwiderhandlung gegen eine gleichzeitig angeordnete Unterlassungsanordnung festgestellt werden kann.⁶⁹⁹ Durch diese Möglichkeit soll ein vollstreckungsrechtliches Problem von Unterlassungsverfügungen bei einmaligen Zuwiderhandlungen behoben werden. Hier stellte sich die Problematik⁷⁰⁰, dass die Festsetzung von Ordnungsgeldern nach § 890 ZPO eines bestehenden Unterlassungstitels bedarf. Bei einmaligen Zuwiderhandlungen, wie bspw. bestimmten Messeauftritten, konnte zwar oftmals rasch eine Unterlassungsverfügung im Beschlussweg erwirkt werden, die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen die andauernde Zuwiderhandlung war, aufgrund der nach § 891 ZPO erforderlichen Anhörung des Gegners, aber nicht vor Beendigung der geschäftlichen Handlung möglich. Erhob der Gegner nach deren Beendigung Widerspruch, so hatte der Gläubiger sein Verfügungs-gesuch für erledigt zu erklären, da für die konkret streitgegenständliche Maßnahme (beispielsweise ein Messeauftritt in unlauterer Weise zu einem bestimmten Zeitpunkt) keine Wiederholungsgefahr bestand. Die Erledigterklärung hat den Wegfall des Unterlassungstitels zur Folge und sollte damit der Verhängung eines Ordnungsgeldes entgegenstehen.

Der Feststellungsantrag sollte in dieser Konstellation zur Folge haben, dass das Unterlassungsverfügungsverfahren nicht aufgrund der Beendigung der geschäftlichen Handlung für erledigt erklärt werden musste.

- bb.) Stellungnahme

Unabhängig von der Frage, ob eine solche Feststellungsverfügung geeignet gewesen wäre, ihr Ziel zu erreichen, besteht jedenfalls aktuell kein Bedürfnis für die Anerkennung von Feststellungsverfügungen zur Verhinderung des Titelfortfalls. Ein Gläubiger hat die Möglichkeit, der Beendigung der geschäftlichen Handlung durch eine Erledigterklärung für die Zeit nach dem erledigenden Ereignis Rechnung zu tragen und damit zu verhindern, dass ein erwirkter Titel wegen der Erledigterklärung als Grundlage für Vollstreckungsmaßnahmen wegen Zuwiderhandlungen entfällt, wenn diese vor dem erledigenden Ereignis begangen

⁶⁹⁹ *Pastor*, S. 240 f.; siehe auch *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1359; *Dütz*, BB 1980, 533, 534.

⁷⁰⁰ Siehe hierzu *Pastor*, S. 228 ff.; *ders.*, GRUR 1968, 343 ff.

worden sind.⁷⁰¹ Diese Möglichkeit der zeitlichen Beschränkung der Erledigterklärung löst das Problem sachgerecht und steht damit einem Bedürfnis für einen Feststellungsantrag neben einem Unterlassungsantrag entgegen.⁷⁰²

d.) Anerkennung infolge Appellwirkung

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Von *Kohler*⁷⁰³ wird vertreten, dass Eilentscheidungen mit feststellendem Inhalt eine Appellwirkung zukäme, die zumindest dazu beitrage, dass ihr die grundsätzliche Zulässigkeit nicht abgesprochen werden könne. Diese Ansicht ähnelt oben unter lit. b) aufgeführter Ansicht, die aus dem Wesen gerichtlicher Entscheidungsarten Wirkungsweisen abzuleiten versucht. Während dort allerdings auf die von einer Entscheidung ausgehenden Wirkungsweisen abgestellt wird, rekurriert vorliegend untersuchte Ansicht auf die von der Eilentscheidung aufgrund ihrer Appellwirkung bei ihren Adressaten hervorgerufene Wirkung. Die Verbindlichkeit soll also nicht von der Entscheidung ausgehen, sie soll jedoch aufgrund ihrer Autorität von ihren Adressaten als quasi-verbindlicher Maßstab empfunden werden und daher eine Wirkung entfalten, die der einer verbindlichen Entscheidung nahekommt. Die Rechtsansicht wird von dem Gedanken geleitet, dass die Schwächen von Feststellungsverfügungen irrelevant sind, wenn sich die Beteiligten trotz mangelnder Vollstreckbarkeit und von der Entscheidung ausgehender Planungssicherheit an ihr ausrichten würden. Dies würde voraussetzen, dass sich die Parteien, trotz der geringeren Richtigkeitsgewähr von Eilentscheidungen, von diesen überzeugen lassen und nicht davon ausgehen, dass in einem Rechtsbehelfs- oder Hauptsacheverfahren eine abweichende Entscheidung erfolgen wird, und sich an dieser ausrichten, obwohl sie nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann.

⁷⁰¹ BGHZ 156, 335, 342 ff. - *Euro-Einführungsrabatt*; *Teplitzky*, Kap. 57, Rn. 38, m.w.N.

⁷⁰² Ebenfalls ablehnend, allerdings ohne nähere Begründung: *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 283.

⁷⁰³ *Kohler*, ZZP 103 (1990) 184, 192, 205. Dieser Ansicht scheint auch das OLG Rostock, Beschluss vom 15.01.1997, 6 U 167/96, in *GmbHR* 1997, 449 zu folgen. Dort erkennt es die Möglichkeit einer Feststellungsverfügung im Hinblick auf die Frage an, ob der Anteil eines Gesellschafters wirksam von der Gesellschaft eingezogen wurde. Der Entscheidung liegt die Erwartung zugrunde, dass sich die Gesellschaft durch eine Feststellungsverfügung davon überzeugen lasse, dass die Einziehung unwirksam war und sie sich zudem daran orientieren wird.

bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht

Die von dieser Ansicht postulierte Appellwirkung von Feststellungsverfügungen könnte im Lauterkeitsrecht, sowohl in Bezug auf positive als auch auf negative Entscheidungen, Anwendung finden. Fraglich erscheint jedoch, ob eine Appellwirkung ausreicht, um eine e.V. mit feststellendem Inhalt als geeignet anzusehen, dem Antragsteller einen Vorteil zu verschaffen, der es rechtfertigt, entsprechende Verfahren als statthaft anzusehen.

cc.) Stellungnahme

Die Ansicht, die Appellwirkung einer vorläufigen Feststellungsentscheidung könne als ausreichend angesehen werden, um Feststellungsverfügungen zur Statthaftigkeit zu verhelfen, ist abzulehnen.⁷⁰⁴ Gerichtsentscheidungen werden aufgrund ihrer Verbindlichkeit beachtet. Bei Leistungsanordnungen kommt zusätzlich der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung im Wege der Vollstreckung maßgebliche Bedeutung zu. Entscheidungen ohne verbindlichen Charakter können die Beteiligten grundsätzlich nicht beziehungsweise nicht mit Sicherheit dazu veranlassen, sich entsprechend dieser Entscheidung zu verhalten.⁷⁰⁵ Der Annahme, die Beteiligten würden sich unabhängig von der Verbindlichkeit einer Entscheidung nach deren Inhalt richten, mangelt es an einer Grundlage. Dies gilt umso mehr, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass ein Hauptsacheurteil nicht dem Ergebnis des Eilverfahrens entspricht. Könnten die Beteiligten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass die Feststellungsverfügung einem entsprechenden Hauptsacheurteil in der Sache entspricht, so bestünde für sie kein Anlass, sich nicht bereits der vorläufigen Feststellungsentscheidung entsprechend zu verhalten. Aufgrund ihres Eigeninteresses an der Vermeidung von Sanktionen infolge rechtswidrigen Verhaltens könnte zumindest für den Regelfall davon ausgegangen werden, dass sie sich rechtskonform verhalten. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich beide Entscheidungen nicht decken, ist indes umso größer, je unterschiedlicher beide Verfahren ausgestaltet sind. Diese Unterschiede sind, wie oben festgestellt⁷⁰⁶, in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten besonders groß. Das Verfügungsverfahren hat hier in Unterlassungsstreitigkeiten eine besondere Ausgestaltung erfahren, durch die sich die Unterschiede zwischen Verfügungsverfahren und Hauptsacheverfahren weiter vergrößert haben. Aufgrund der geringeren Richtigkeitsgewähr von Eilentscheidungen und der einseitig den Antragsteller begünstigenden Ausgestaltung des Verfahrens speziell im

⁷⁰⁴ Siehe auch *Berger*, ZZP 110 (1997) 287, 297; *Starek*, S. 97 ff., der die Autorität der Gerichte angetastet bzw. in Frage gestellt sähe, wenn diese Entscheidungen erlassen würden, die folgenlos von dem unterlegenen Antragsgegner ignoriert werden könnten.

⁷⁰⁵ So wohl auch *Berger*, ZZP 110 (1997) 287, 298.

⁷⁰⁶ Siehe die Ausführungen unter B.) II.) 3.) a.), S. 113 ff.

Lauterkeitsrecht können die Beteiligten grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass Hauptsacheverfahren und Eilverfahren zu demselben Ergebnis führen. Folglich müssen die Parteien mit einer abweichenden Entscheidung in einem entsprechenden Hauptsacheverfahren rechnen, weshalb für sie kein Anlass besteht, sich bereits einer unverbindlichen und unsicheren Eilentscheidung, die nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann, entsprechend zu verhalten.

e.) Konstellationen entbehrenlichen Vollstreckungsdrucks

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Nach einer weiteren Ansicht⁷⁰⁷ soll eine e.V. mit feststellendem Inhalt zumindest in den Fällen zulässig sein, in denen in der Hauptsache eine Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs der LK vor einer FK gemacht werde, weil davon auszugehen sei, dass der Beklagte auch einem Feststellungsurteil Folge leisten werde und der durch ein Leistungsurteil hervorgerufene Vollstreckungsdruck daher nicht erforderlich sei, um den unterlegenen Anspruchsgegner zur Erfüllung des festgestellten Anspruchs anzuhalten.

Bejaht wird diese Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs von LK'n insbesondere gegenüber Hoheitsträgern⁷⁰⁸, Banken⁷⁰⁹ und großen Versicherungsunternehmen⁷¹⁰, da die hoheitliche Aufsicht in diesen Bereichen dazu führe, dass verbindliche Gerichtsentscheidungen auch ohne Vollstreckungsdruck beachtet werden.⁷¹¹ Unabhängig von der Frage, ob bei diesen Institutionen davon ausgegangen werden darf, dass sie auch naturgemäß fehleranfällige Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes ohne Vollstreckungsdruck beachten, ist die referierte Ansicht jedenfalls für neg. Feststellungsverfügungen unergiebig. Die Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs von Leistungsgegenüber FK'n bezieht sich ausschließlich auf das Verhältnis der Durchsetzung von Ansprüchen zu deren (positiver) Feststellung. Für das vorliegend maßgebliche Begehren auf

⁷⁰⁷ *Jauernig*, ZRP 79 (1966) 321, 325; der eine feststellende e. V. ansonsten ohne nähere Erörterung für unzulässig erachtet, da es der Willkür der Parteien überlassen bliebe, die vorläufige Entscheidung der Rechtslage zu respektieren; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 76, Rn. 14, die zusätzlich die Glaubhaftmachung der gegnerischen Erfüllungsbereitschaft einfordern; *Luckscheiter*, S. 60; vgl. auch *Kohler*, ZRP 103 (1990) 184, 186, m.w.N.; a.A. *Berger*, ZRP 110 (1997) 287, 296.

⁷⁰⁸ BGH, Urteil vom 09.06.1983, III ZR 74/82, NJW 1984, 1118, 1119.

⁷⁰⁹ BGHZ 130, 60, insoweit dort nicht abgedruckt, NJW 1995, 2219; Urteil vom 30.04.1991, XI ZR 223/90, NJW 1991, 1889.

⁷¹⁰ BGH, Urteil vom 15.03.2006, IV ZR 4/05, NJW 2006, 2548, 2549.

⁷¹¹ Vgl. auch *Berger*, ZRP 110 (1997) 287, 297; *Jauernig/Hess*, § 35, Rn. 19 f.

negative Feststellung besteht ein derartiges Vorrangverhältnis nicht. Die negative Feststellung wird vonseiten des Anspruchsgegners begehrt. Dieser macht keinen Anspruch geltend, sondern sieht sich mit einem gegnerischen Anspruchsbegehren konfrontiert. Für ihn steht kein alternativer Rechtsbehelf zur Verfügung, mit dem er sich dem Begehren des Anspruchstellers gerichtlich erwehren könnte. Insbesondere besteht keine Möglichkeit einen in der Hauptsache vollstreckbaren Titel zu erwirken. Die Ansicht kann somit ausschließlich in Bezug auf pos. Feststellungsverfügungen Geltung erlangen.

f.) Anerkennung infolge signalisierter Akzeptanz der Parteien

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Eine andere Ansicht bejaht die Statthaftigkeit neg. Feststellungsverfügungen, wenn der Antragsgegner bzw. beide Parteien signalisieren, dass er oder sie sich der Entscheidung des Gerichts beugen und sein oder ihr Handeln daran ausrichten werden.⁷¹²

bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht

Die tatbestandlichen Anforderungen dieser Ansicht vorausgesetzt, stünden deren Anwendbarkeit auf lauterkeitsrechtliche Eilverfahren keine Hürden entgegen. Das vorausgesetzte Verhalten der Parteien ist dem im Rahmen eines Abschlussverfahrens⁷¹³ ähnlich. Hierbei einigen sich diese nach dem Erlass einer e.V., die Entscheidung als verbindliche Regelung anzuerkennen. Während die Parteien in diesem Fall einer vorläufigen Entscheidung die Verbindlichkeit einer Hauptsacheentscheidung verleihen, würden sie der vorliegend erörterten Ansicht zufolge einer unverbindlichen Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes eine verbindliche Wirkung beimessen. Beiden Konstellationen wäre also die Wirkung gemeinsam, dass einer gerichtlichen Entscheidung kraft Parteiautonomie eine weiterreichende Verbindlichkeit beigemessen würde, als ihr von Haus aus zukommt.

cc.) Stellungnahme

Die postulierte Rechtsansicht ist abzulehnen.⁷¹⁴ Sie bietet keinerlei Gewähr dafür, dass das mit ihr verfolgte Ziel erreicht werden kann, eine zumindest vorläufige (verbindliche) Klärung

⁷¹² Vogg, NJW 1993, 1357, 1365; Semler, BB 1979, 1533, 1535; a.A. Berger, ZZP 110 (1997) 287, 297.

⁷¹³ Siehe zum Abschlussverfahren obige Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

⁷¹⁴ Berger, ZZP 110 (1997) 287, 297.

der Rechtslage zu erzielen. Eine signalisierte Akzeptanz der Parteien kann nicht gewährleisten, dass diese sich auch tatsächlich an die Entscheidung halten, insbesondere im Fall des für sie ungünstigen Ausgangs des Verfahrens. Eine (zumindest vorläufig) verbindliche Klärung der Rechtslage kann somit nicht mit Sicherheit erreicht werden.⁷¹⁵ Eine Feststellungsverfügung anzuerkennen, weil sie möglicherweise rechtsverbindliche Wirkungen entfalten könnte, würde Sinn und Zweck des Zivilprozesses zuwiderlaufen. Dessen Aufgabe ist die rechtsverbindliche Entscheidung von Streitigkeiten. Ist dieses Ziel nicht zweifelsfrei erreichbar, weil sich eine Gerichtsentscheidung im Nachhinein als nutzlos herausstellen könnte, da sie von der unterlegenen Partei nicht akzeptiert wird, besteht kein Anlass, die Zivilgerichte hierfür in Anspruch zu nehmen. Wären die Parteien unabhängig vom Verfahrensausgang bereit, sich zur Beachtung der Entscheidung verbindlich zu verpflichten, ähnlich wie dies im Fall einer Abschlusserklärung nach einer ergangenen e.V. geschieht, bestünde für sie die vorrangige Möglichkeit, ihre Rechte und Pflichten im Wege eines Vergleichs zu regeln.⁷¹⁶ Herrscht diesbezüglich Unsicherheit über die Rechtslage, so besteht für sie ein Bedürfnis nach Rechtsberatung, aber nicht nach einstweiligem Rechtsschutz. Rechtliche Beratung gehört indes nicht zum Aufgabenbereich der (mit Steuergeldern finanzierten) Justiz, sondern zu dem der Anwaltschaft. Speziell im Lauterkeitsrecht wäre für eine derartige Konstellation, in der beide Parteien bereit sind, sich der Entscheidung durch einen unabhängigen Dritten zu beugen, die Anrufung einer Einigungsstelle nach § 15 UWG prädestiniert. Diese bieten den Parteien die Möglichkeit einer gütlichen letztverbindlichen Beilegung der Streitigkeit und verfügen über die erforderliche Sachkenntnis, um lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten fachgerecht beurteilen zu können.

g.) Anerkennung infolge faktischer Auswirkungen auf das Verhalten Dritter

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht

Bernreuther vertritt die Ansicht, eine neg. Feststellungsverfügung sei geeignet, Abnehmer im Fall einer Abnehmerverwarnung davon zu überzeugen, dass die ausgesprochene Abmahnung unberechtigt sei, und könne den Antragsteller der neg. Feststellungsverfügung damit vor Beeinträchtigungen seines Absatzes durch die Einstellung der Abnahme von Waren oder Dienstleistungen bewahren.⁷¹⁷

⁷¹⁵ Diese Sicherheit könnte nur durch eine vertragliche Abrede der Streitparteien, ähnlich wie bei einem Abschlussverfahren, erreicht werden. Diese Konstellation steht nicht in der Diskussion.

⁷¹⁶ Ähnlich *Berger*, ZZP 110 (1997) 287, 297.

⁷¹⁷ *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1193 ff.

bb.) Stellungnahme

Diese Rechtsansicht setzt voraus, dass sich Abnehmer von der Sachentscheidung der neg. Feststellungsverfügung überzeugen lassen, obwohl es sich bei dieser nicht um eine endgültige Entscheidung handelt, Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes eine geringe Richtigkeitsgewähr aufweisen und Gerichtsentscheidungen in Bezug auf nicht-beteiligte Dritte keine bindenden Rechtswirkungen entfalten. Mangels Vollstreckbarkeit, Endgültigkeit und rechtlicher Bindungswirkung der Entscheidung in Bezug auf Dritte könnte die Ausrichtung des Verhaltens dieser Personen an der e.V. ausschließlich auf der Überzeugung von der Richtigkeit der Gerichtsentscheidung beruhen.⁷¹⁸ Die Richtigkeitsgewähr ist bei Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch gerade eingeschränkt. Dies gilt umso mehr, je einseitiger ein Rechtsschutzverfahren ausgestaltet ist. Bei den im Lauterkeitsrecht besonders häufigen Beschlussentscheidungen⁷¹⁹ wird dem Antragsgegner vor der Entscheidung noch nicht einmal (vollwertiges)⁷²⁰ rechtliches Gehör gewährt.

Angesichts dieses mit Beschlussverfügungen verbundenen Fehlentscheidungsrisikos kann nicht davon ausgegangen werden, dass Abnehmer sich auf den Bestand der vorläufigen Feststellung verlassen. Ist die Anerkennung von Feststellungsverfügungen aufgrund einer signalisierten Akzeptanz des Gegners abzulehnen⁷²¹, dann muss erst recht eine Ansicht abgelehnt werden, die sich darauf stützt, dass sich am Verfahren nicht beteiligte Dritte von der Entscheidung überzeugen lassen könnten, ohne dass diese Dritten das wenigstens signalisiert hätten.⁷²²

⁷¹⁸ Vgl. hierzu auch *Starek*, S. 97 ff.

⁷¹⁹ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 20.

⁷²⁰ Vollwertiges rechtliches Gehör vor der Entscheidung wird einem Antragsgegner nur im Rahmen eines Urteilsverfahrens gewährt. In eingeschränktem Umfang kann einem Antragsgegner durch die Zurkenntnisnahme einer Schutzschrift oder durch die Möglichkeit der Stellungnahme zum gegnerischen Verfügungsgesuch rechtliches Gehör gewährt werden. Siehe Abschnitt A.) V.) 5.), S. 41 ff.

⁷²¹ Siehe Abschnitt D.) III.) 2.) f.), S. 151 f.

⁷²² Vgl. hierzu auch *Starek*, S. 99.

h.) Instrument zur Erwirkung einer Einstellung der Zwangsvollstreckung von Unterlassungsverfügungen

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

*Bernreuther*⁷²³ erkennt in neg. Feststellungsverfügungen eine Möglichkeit des Schutzes von Anspruchsgegnern vor ungerechtfertigten, vollziehbaren Unterlassungsverfügungen. Der Schutz vor ungerechtfertigten Vollziehungen werde dadurch gewährleistet, dass das Gericht, das die Unterlassungsverfügung erlassen hat, einem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der Unterlassungsverfügung regelmäßig zu folgen habe, wenn ein anderes Gericht eine entgegengesetzte neg. Feststellungsverfügung erlassen hat.

bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht

Eine neg. Feststellungsverfügung, welche die Vollstreckbarkeit auf diesem Weg aufheben könnte, wäre in der Lage, Anspruchsgegner ab diesem Zeitpunkt wirksam vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen zu schützen. Zu beachten ist indes, dass auch diese Wirkungsweise keinen lückenlosen Schutz gegen ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen ermöglichen kann, sondern zwischen dem Zeitpunkt der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Unterlassungsverfügung und dem Zeitpunkt der Einstellung der Zwangsvollstreckung ein Zeitraum besteht, in dem die Unterlassungsverpflichtung vollstreckbar ist.

cc.) Stellungnahme

Die von dieser Ansicht postulierte Wirkungsweise ist mit dem zivilprozessualen System nicht zu vereinbaren und wirkt sich in prozessökonomischer Hinsicht nachteilig aus. Daher ist sie abzulehnen. Ungeachtet der Frage, weshalb das Gericht, das die vollstreckbare Entscheidung getroffen hat, deren Vollstreckbarkeit im Regelfall einstellen sollte, weil ein anderes Gericht die Rechtsstreitigkeit entgegengesetzt entschieden hat - die gegenteilige Lösung erscheint bei widersprüchlichen Ergebnissen gleichermaßen naheliegend - , sind solche Konstellationen von vornherein zu vermeiden. Nach *Bernreuthers* Ansatz könnten Gerichte mit neg. Feststellungsverfügungsverfahren beliebig in Anspruch genommen werden. Eine bereits existente Unterlassungsverfügung begründet nach seiner Ansicht kein Prozesshindernis gegenüber einem gegenläufigen neg. Feststellungsverfügungsgesuch.⁷²⁴

⁷²³ *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1198 ff.

⁷²⁴ *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1199.

Divergierende Entscheidungen und die Mehrfachbefassung der Justiz mit derselben Streitigkeit werden zivilprozessual indes durch die Prozesshindernisse der anderweitigen Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und der rechtskräftigen Entscheidung ausgeschlossen. Die Rechtssicherheit und die Funktionsfähigkeit der Justiz würden in Frage gestellt, wenn über jeden Rechtsstreit beliebig viele Prozesse geführt werden könnten.

Zudem überzeugt es nicht, dass der durch diese Wirkungsweise gewährleistete Schutz nicht auch ohne diese negativen Auswirkungen im Rahmen der dem Anspruchsgegner zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfsverfahren oder ausschließlich im Wege eines Antrags auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gewährleistet werden können soll. *Bernreuther* wendet hiergegen ein⁷²⁵, dass insbesondere ein Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung selten Erfolg hat, da der Richter seine einmal getroffene Entscheidung nicht aufgrund bereits bekannten Sachvortrags revidieren wird. Dem ist zwar zuzustimmen, der Gefahr unzutreffender Entscheidungen darf zivilprozessual aber nicht dadurch begegnet werden, dass die Möglichkeit der Initiierung immer neuer Verfahren eröffnet wird, durch die das entgegengesetzte Ergebnis bereits getroffener Gerichtsentscheidungen angestrebt wird.

i.) Anerkennung infolge Präjudizialwirkung für die Feststellungsverfügung verwirklichende Verhaltensweisen

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Kohler qualifiziert Feststellungsverfügungen als Befriedigungsverfügungen, deren Rechtsgrundlage er in § 940 ZPO sieht.⁷²⁶ Dementsprechend erachtet er eine von Feststellungsverfügungen ausgehende Regelungswirkung als Anerkennungsvoraussetzung. Eine solche Regelungswirkung erkennt er zumindest in Bezug auf tatsächliche Maßnahmen an.⁷²⁷ Demnach seien Feststellungsverfügungen während ihrer Wirksamkeit, aufgrund ihrer Eigenschaft als autoritative Gerichtsentscheidung, verbindlicher Maßstab zur Beurteilung der festgestellten Rechtslage und präjudizieren in diesem Ausmaß die Rechtmäßigkeit aller Einzelakte, soweit es dabei auf das einstweilen festgestellte Rechtsverhältnis ankomme.⁷²⁸

⁷²⁵ *Kohler*, ZJP 103 (1990) 184, 189, siehe zum Streit über die Rechtsgrundlage von Befriedigungsverfügungen die Nachweise unter C.) II.) 2.), S. 128.

⁷²⁶ Siehe zur rechtlichen Qualifikation von (neg.) Feststellungsverfügungen als Befriedigungsverfügungen die Nachweise unter Fn. 1026.

⁷²⁷ Siehe zur Ausklammerung der Wirkung auf rechtliche Maßnahmen: *Kohler*, ZJP 103 (1990) 184, 202 f.; vgl. auch *Starek*, S. 112.

⁷²⁸ *Kohler*, ZJP 103 (1990) 184, 191.

Damit kläre sie die Angriffs- und ggf. Notwehrlage, da es hierfür auf die Bewertung der Rechtmäßigkeit einzelner Akte ankomme.⁷²⁹ Diese Präjudizialwirkung leitet *Kohler* aus der Erwägung ab, dass Widerstand gegen Vollstreckungsmaßnahmen, unabhängig von der materiellen Rechtmäßigkeit des titulierten Anspruchs, rechtswidrig ist. Dies habe zur Folge, dass Verhaltensweisen, die während der Geltungsdauer der Feststellungsverfügung vorgenommen werden und den Feststellungstenor verwirklichen oder diesen missachten, gleichermaßen als rechtmäßig bzw. rechtswidrig einzustufen seien.⁷³⁰

bb.) Mögliche Wirkungen im Lauterkeitsrecht

Inwieweit diese Ansicht im Lauterkeitsrecht Wirkung entfalten könnte, hängt davon ab, ob die Präjudizialwirkung sich ausschließlich auf Angriffs- oder Notwehrlagen erstrecken soll oder ob der Kreis der den Feststellungstenor verwirklichenden oder missachtenden Maßnahmen weiter zu ziehen ist⁷³¹. In letztgenanntem Fall käme eine Präjudizialwirkung hinsichtlich sämtlicher geschäftlicher Handlungen in Betracht. Hier könnte zunächst im Wege der e.V. festgestellt werden, dass aus einer bestimmten geschäftlichen Handlung keine Unterlassungsansprüche des Gegners resultieren und diese dann ohne Risiko vorgenommen werden. Im Fall einer ausschließlich auf Angriffs- oder Notwehrlagen beschränkten Präjudizialwirkung erscheint eine Anwendung im Lauterkeitsrecht unter dem Gesichtspunkt der Vornahme geschäftlicher Handlungen zum Zweck der Abwehr⁷³² denkbar.

cc.) Stellungnahme

Wie *Berger* und *Starek*⁷³³ zutreffend anführen, besagt der besondere Schutz von Vollstreckungshandlungen nichts über die Rechtmäßigkeit des titulierten Anspruchs und damit auch nichts über die Rechtmäßigkeit von Verhaltensweisen, die mit dem titulierten Anspruch in Einklang stehen. Insbesondere §§ 717 Abs. 2 und 945 ZPO belegen, dass Vollstreckungshandlungen (vollstreckungsrechtlich) rechtmäßig sein können, obwohl sie der materiellen Rechtslage zuwiderlaufen. Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist streng formalisiert und setzt nur die Existenz eines (vorläufig) vollstreckbaren, nicht aber eines

⁷²⁹ *Kohler*, ZZP 103 (1990) 184, 191.

⁷³⁰ *Kohler*, ZZP 103 (1990) 184, 192.

⁷³¹ So das Verständnis von *Starek*, S. 113.

⁷³² Siehe hierzu *Köhler/Bornkamm*, § 11, Rn. 2.4 ff.; BGH, Urteil vom 22.01.1971, I ZR 76/69, GRUR 1971, 259 – *W.A.Z.*

⁷³³ *Berger*, ZZP 110 (1997) 287, 299 f.; *Starek*, S. 119.

materiell rechtmäßigen Vollstreckungstitels voraus.⁷³⁴ Da der Möglichkeit zur Vornahme von Vollstreckungshandlungen somit kein Aussagegehalt in Bezug auf die materielle Rechtslage zukommt, können auch Feststellungsverfügungen keine Präjudizialwirkung in Bezug auf die materielle Rechtslage entfalten. Erst recht kann einer e.V. als Instrument des vorläufigen Rechtsschutzes keine endgültige (Präjudizial-) Wirkung mit Auswirkungen auf Hauptsacheverfahren zukommen. Auch auf Grundlage dieser Argumentation kann eine Feststellungsverfügung daher nicht anerkannt werden.⁷³⁵

j.) Feststellungsverfügung infolge einseitiger Erledigterklärung

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Selbst höchststrichterlich anerkannt ist eine Feststellungsverfügung als Folge einer einseitigen Erledigterklärung.⁷³⁶ Wie in Klageverfahren, besteht für Verfügungsverfahren die Möglichkeit und das Bedürfnis des Antragstellers, nach Rechtshängigkeit eintretenden Veränderungen, die sich auf die ursprünglich gegebene Zulässigkeit oder Begründetheit eines Verfügungsgesuchs auswirken, durch eine Erledigterklärung Rechnung zu tragen.⁷³⁷ Ohne Erledigterklärung wäre das Verfügungsgesuch zurückzuweisen und der Antragsteller hätte nach § 91 ZPO die Verfahrenskosten zu tragen.⁷³⁸ Schließt sich der Antragsgegner der Erledigterklärung an, hat dies einen Kostenbeschluss nach § 91a ZPO zur Folge.⁷³⁹ Eine Entscheidung in der Sache ergeht in diesem Fall nicht mehr.⁷⁴⁰ Geschieht dies nicht, hat die einseitige Erledigterklärung eine Klageänderung zur Folge.⁷⁴¹ Das ursprüngliche Leistungsbegehren wandelt sich in ein Feststellungsbegehren um.⁷⁴² Dieses hat die Frage der ursprünglichen Zulässigkeit und Begründetheit des Verfügungsgesuchs zum Gegenstand. An der feststellenden Sachentscheidung richtet sich auch die Kostenentscheidung aus. Das Kosteninteresse ist zugleich der primäre Grund für die Feststellungs-

⁷³⁴ Starek, S. 118.

⁷³⁵ Starek, S. 119; Berger, ZZP 110 (1997) 287, 299 f.

⁷³⁶ BGHZ 156, 335, 342 ff. - *Euro-Einführungsrabatt*; KG, Urteil vom 20.02.1996, 5 U 7617/95, WRP 1996, 556.

⁷³⁷ Berneke, Rn. 237; Ahrens/Schmukle, Kap. 54, Rn. 5 ff.; Teplitzky, Kap. 55, Rn. 23 ff.; Walker, Rn. 527, m.w.N.

⁷³⁸ Berneke, Rn. 237.

⁷³⁹ Teplitzky, Kap. 55, Rn. 24a; Berneke, Rn. 237; Ahrens/Schmukle, Kap. 54, Rn. 6.

⁷⁴⁰ Ahrens/Ahrens, Kap. 59, Rn. 14.

⁷⁴¹ Sog. Klageänderungstheorie, siehe Teplitzky, Kap. 46, Rn. 33, m.w.N.

⁷⁴² Vgl. Ahrens/Bähr, Kap. 53, Rn. 12; Ahrens/Schmukle, Kap. 54, Rn. 6.

entscheidung über die ursprüngliche Zulässigkeit und Begründetheit des Gesuchs.⁷⁴³ In vorliegendem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dieser e.V. nicht um eine originäre Feststellungsverfügung handelt. Der Antragsteller begehrt hier weder vor noch nach Eintritt des erledigenden Ereignisses die Feststellungswirkungen an sich. Sein ursprüngliches Begehren ist auf die jeweilige Leistung gerichtet, nach Erledigung begehrt er Kostenerstattung. In dieser Form kommen Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht bereits gegenwärtig uneingeschränkt zur Anwendung.

bb.) Stellungnahme

Eine Feststellungsverfügung infolge einseitiger Erledigungserklärung hat keine neg., sondern eine pos. Feststellung zum Gegenstand. Auch handelt es sich nicht um ein originäres Feststellungsverfügungsverfahren, bei dem ein Interesse des Antragstellers an den Feststellungswirkungen als solchen besteht. Gleichwohl kann diese Art der Feststellungsverfügung als Beispiel dafür dienen, dass Feststellungsverfügungen, trotz ihrer mangelnden Vollstreckbarkeit und der mangelnden Möglichkeit, den Parteien in der Sache zu endgültiger Rechtssicherheit zu verhelfen, durch ihre prozessualen Wirkungen zu sachgerechten Ergebnissen führen können. *Teplitzky* entnimmt diesem anerkannten Anwendungsfall von Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht, dass Feststellungsverfügungen zwar grundsätzlich abzulehnen seien, jedoch anerkannt werden können, wenn ein dringendes Bedürfnis hierfür besteht.⁷⁴⁴

k.) Neg. Feststellungsverfügung in Bezug auf die Pflicht zur Weiterbeschäftigung nach Kündigung eines Arbeitsvertrages gemäß § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG

aa.) Vertretene Wirkung von (neg.) Feststellungsverfügungen

Einen in der Diskussion stehenden Anwendungsfall neg. Feststellungsverfügungen ohne Bezug zum Lauterkeitsrecht bildet die arbeitsrechtliche Pflicht zur Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG.⁷⁴⁵ Die Norm regelt die Voraussetzungen, unter denen ein Arbeitnehmer einen Arbeitgeber nach Kündigung eines Arbeitsvertrages bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses weiter zu beschäftigen hat. § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG normiert die Bedingungen, unter denen ein Arbeitgeber im Wege der einstweiligen Verfügung von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung entbunden werden kann.

⁷⁴³ Vgl. Ahrens/Scharen, Kap. 51, Rn. 32.

⁷⁴⁴ *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 24b; ähnlich *Retzer* in Harte/Henning, § 12, Rn. 283.

⁷⁴⁵ Siehe auch *Walker*, Rn. 693 ff.; *Starek*, S. 151 ff.

Die Norm stellt damit einen Anwendungsfall von e.V.'en mit rechtsgestaltenden Wirkungen dar.⁷⁴⁶ Die Handhabung dieser Art e.V.'en wirft in der Rechtspraxis keine größeren Probleme auf und ermöglicht es dem Arbeitgeber, die Pflicht zur Weiterbeschäftigung zu beseitigen. Probleme können sich hinsichtlich der Frage ergeben, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für die Entstehung der Weiterbeschäftigungspflicht erfüllt sind. In der Rechtsprechung vertritt insbesondere das LAG Brandenburg die Ansicht, dass sich im Wege einer Feststellungsverfügung aufklären lasse, ob eine Weiterbeschäftigungspflicht besteht.⁷⁴⁷ Die h.A. erkennt ebenfalls ein Bedürfnis für die Feststellung an, ob eine Weiterbeschäftigungspflicht besteht.⁷⁴⁸ Sie löst das Problem über eine analoge Anwendung des § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG.⁷⁴⁹ Einen Sonderweg geht *Starek*⁷⁵⁰, der § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG als alleinige Grundlage der dort normierten e.V. ansieht (und damit insbesondere nicht auf die §§ 935 ff. ZPO abstellt) und sich für eine entsprechende Anwendung auf das Bestehen der Weiterbeschäftigungspflicht ausspricht. Nach seiner Ansicht ist in dieser Konstellation ausnahmsweise eine Feststellungsverfügung zulässig, da ihr eine rechtsgestaltende Wirkung zukomme.

bb.) Stellungnahme

Die Parteien eines gekündigten Arbeitsverhältnisses haben ein berechtigtes Interesse an der schnellstmöglichen Klärung, ob gemäß § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG eine Pflicht zur Weiterbeschäftigung besteht. Feststellungsverfügungen haben die Schwäche, dass abweichende Entscheidungen möglich bleiben und die Sachentscheidung den Beteiligten damit keine endgültige Rechtssicherheit verschaffen kann. E.V. mit rechtsgestaltendem Charakter haben demgegenüber den Vorteil, dass ihre Gestaltungswirkung auch nach deren Aufhebung für die Vergangenheit nicht beseitigt wird.⁷⁵¹ Während eine Feststellungsverfügung den Parteien keine abschließende Rechtssicherheit verschaffen kann, könnte die Aufhebung der Weiterbeschäftigungspflicht endgültige und rechtssichere Verhältnisse bis zur Beseitigung der e.V. schaffen. Eine e.V. mit einer solchen Wirkung kann aber nicht als

⁷⁴⁶ BAG, Urteil vom 07.03.1996, 2 AZR 432/95, NZA 1996, 930; *Starek*, S. 152 ff.

⁷⁴⁷ LAG Brandenburg, Beschluss vom 15.12.1992, 1 Ta 61/92, LAGE § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 13; Dunkl/Moeller/*Baur*/Feldmeier, Anschnitt B, Rn. 154, m.w.N.; *Schäfer*, Rn. 28, 81; a.A. LAG München, Urteil vom 5.10.1994, 5 Sa 698/94, LAGE § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 19.

⁷⁴⁸ *Walker*, Rn. 694, m.w.N.

⁷⁴⁹ LAG München, Urteil vom 5.10.1994, 5 Sa 698/94, LAGE § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 19; *Walker*, Rn. 694, m.w.N.

⁷⁵⁰ *Starek*, S. 154.

⁷⁵¹ Stein/Jonas/*Grunsky*, § 938, Rn. 16; *Jauernig*, ZZP 79 (1966) 321, 333 ff.

Feststellungsverfügung oder gar als Feststellungsverfügung mit rechtsgestaltender Wirkung qualifiziert werden⁷⁵². Eine Feststellungsverfügung mit rechtsgestaltender Wirkung kann es nicht geben. Eine Feststellungsverfügung hat definitionsgemäß lediglich eine Feststellung zum Gegenstand. Entfaltet eine e.V. eine darüber hinaus gehende Gestaltungswirkung, so ist sie als e.V. mit rechtsgestaltendem Charakter/Gestaltungsverfügung zu qualifizieren.

Der Versuch, den Beteiligten durch die analoge Anwendung rechtsgestaltender Auswirkungen zu Rechtssicherheit zu verhelfen, ist aus dogmatischer Hinsicht zum Scheitern verurteilt. Die Weiterbeschäftigungspflicht besteht kraft Gesetzes, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind, oder besteht andernfalls nicht. Rechtsgestaltende Wirkungen können hier nie ihr Ziel erreichen. Liegen die Voraussetzungen des Weiterbeschäftigungsanspruchs nicht vor, so besteht er nicht. Eine Befreiung von der nicht existenten Pflicht ist nicht möglich.⁷⁵³ Die Beteiligten haben in dieser Konstellation ein Interesse an einer Klärung der Rechtslage, bedürfen aber keiner konstitutiven Rechtsänderung. Statthaft kann in dieser Konstellation ausschließlich ein Feststellungsbegehren sein, gegen dessen Zulässigkeit ist indes einzuwenden, dass sie den Parteien keine endgültige Rechtssicherheit verschaffen kann.

3.) Stellungnahme zu dem vorherrschenden Meinungsstand zur Statthaftigkeit neg. Feststellungsverfügungen

Feststellungsverfügungen sind unter anderem in der Rechtsprechung des BVerwG⁷⁵⁴ und des BGH⁷⁵⁵ anerkannt⁷⁵⁶. Abgesehen von der durch den BGH anerkannten Fallgruppe⁷⁵⁷, in der die Feststellungsverfügung das Resultat einer einseitigen Erledigungserklärung darstellt, existiert keine dogmatisch überzeugende Begründung, aufgrund welcher neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht rechtsschützende Wirkungen zuerkannt werden könnten.

Vergleicht man die Rechtsschutzmöglichkeiten in Hauptsacheverfahren mit denen des vorläufigen Rechtsschutzes vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Gebote zur

⁷⁵² So *Starek*, S. 154.

⁷⁵³ Vgl. *Starek*, S. 153.

⁷⁵⁴ BVerwG, Beschluss vom 15.03.1995, 6 P 31/93, NVwZ 1997, 80, vgl. auch Abschnitt D.) III.) 2.) b.), S. 149 f.

⁷⁵⁵ Als Folge einer einseitigen Erledigungserklärung, siehe Abschnitt D.) III.) 2.) j.), S. 161 f.

⁷⁵⁶ Teilweise wird auch einem Urteil des BAG, siehe hierzu Fn. 761, entnommen, dass dieses Feststellungsverfügungen für zulässig erachtet.

⁷⁵⁷ Siehe diesbezüglich Abschnitt D.) III.) 2.) j.), S. 161 f.

Gewährung umfassenden⁷⁵⁸ und effektiven⁷⁵⁹ Rechtsschutzes, so verwundert die hierdurch bewirkte Ausklammerung einer Möglichkeit zur Gewährung von Eilrechtsschutz für Rechtspositionen, denen im Rahmen von Hauptsacheverfahren Rechtsschutz durch Feststellungsurteile gewährt wird. Dem Schutz dieser Rechtspositionen kann nur partiell durch das Instrument der Regelungsverfügung (§ 940 ZPO) Rechnung getragen werden. Angesichts des Vergleichs der beiden Rechtsschutzsysteme und der unterschiedlichen Voraussetzungen von Regelungsverfügungen und Feststellungsbegehren erscheint es indes naheliegend, dass ein Bedürfnis für die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz nicht nur in Konstellationen besteht, in denen die materielle Rechtsordnung Anspruchspositionen oder die Möglichkeit der gerichtlichen Rechtsgestaltung zuweist.⁷⁶⁰

Als Beispiel kann die, oftmals als möglicher Anwendungsfall von Feststellungsverfügungen diskutierte⁷⁶¹, arbeitsrechtliche Konstellation eines Streits über die Erforderlichkeit einer Fortbildungsmaßnahme für ein Mitglied des Betriebsrats (§ 37 Abs. 6 S. 1 BetrVG) herangezogen werden.⁷⁶² Nach § 37 Abs. 6 S. 1, Abs. 2 BetrVG ist ein Mitglied des Betriebsrats von seiner beruflichen Tätigkeit befreit, sofern er an einer Schulungs- oder Bildungsveranstaltung teilnimmt, die Kenntnisse vermittelt, die für die Arbeit des Betriebsrats erforderlich sind. Die Befreiung von der Arbeitspflicht setzt demnach die Erforderlichkeit der Schulungs- oder Bildungsveranstaltung für die Arbeit des Betriebsrats voraus. Im Fall einer Streitigkeit zwischen dem Betriebsratsmitglied und dem Arbeitgeber über das Merkmal der Erforderlichkeit kommt Rechtsschutz in der Hauptsache regelmäßig zu spät. Die Durchführung eines Klageverfahrens nimmt regelmäßig mehrere Monate, teilweise Jahre, in Anspruch.⁷⁶³ Rechtsmittelverfahren können zu einer weiteren Verlängerung führen. Die Ankündigung von Schulungsveranstaltungen für Betriebsräte nebst verlässlicher Beschreibung des Inhalts, die eine Überprüfung der Erforderlichkeit erst ermöglicht, erfolgt in aller Regel nicht so frühzeitig, dass zwischenzeitlich Klageverfahren abschließend durchgeführt werden können. Rechtzeitiger Rechtsschutz kann in dieser Konstellation nur im

⁷⁵⁸ Siehe die Ausführungen unter D.) VI.), S. 252 ff.

⁷⁵⁹ Siehe die Ausführungen unter D.) VI.) 2.) b.), S. 261 ff.

⁷⁶⁰ Siehe hierzu auch *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 74, Rn. 3.

⁷⁶¹ Das BAG, Urteil vom 21.05.1974, 1 AZR 279/73, DB 1974, 2015, Rn. 20, vertritt die Ansicht, dass in dieser Konstellation eine Möglichkeit der Klärung im Wege eines Verfügungsverfahrens besteht, dies wäre aber nur im Wege einer Feststellungsverfügung möglich; siehe hierzu *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt B, Rn. 261, m.w.N.; *Luckscheiter*, S. 59 f.; *Berger*, ZZP 110 (1997) 287 und 292 f.; *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 935, Rn. 60, m.w.N.

⁷⁶² Selbiges gilt in Bezug auf die arbeitsrechtliche Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG, siehe hierzu Abschnitt D.) III.) 2.) k.), S. 162 ff.

⁷⁶³ Siehe Fn. 26.

Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgen. Ob für das Mitglied des Betriebsrats eine Möglichkeit der Inanspruchnahme des einstweiligen Rechtsschutzes eröffnet ist, kann sich in diesen Fällen nach der Ausgestaltung des materiellen Rechts richten. Setzt die Befreiung des Betriebsratsmitglieds von der Arbeitspflicht eine konstitutive Befreiungserklärung des Arbeitgebers voraus, wie es der Wortlaut des § 37 Abs. 2 BetrVG nahe legt⁷⁶⁴, so besteht die Möglichkeit, dass dem Betriebsratsmitglied im Wege einer rechtsgestaltenden Anordnung des Arbeitsgerichts die Befreiung erteilt wird, wenn der Arbeitgeber diese trotz tatsächlich gegebener Erforderlichkeit verweigert. Für das Betriebsratsmitglied besteht somit die Möglichkeit der Inanspruchnahme effektiven Eilrechtsschutzes, im Fall einer widerrechtlichen Verweigerung der Befreiung wäre er aber trotz objektiv gegebener Erforderlichkeit nicht befreit. Für diese Konstellation war nicht unumstritten, ob die Befreiungserklärung des Arbeitgebers konstitutive oder lediglich deklaratorische Wirkung hat.⁷⁶⁵ Das BAG vertritt die Ansicht⁷⁶⁶, dass die Befreiung kraft Gesetzes eintrete und keine konstitutive Befreiungserklärung des Arbeitgebers erforderlich sei. Diese Rechtsprechung ist einerseits arbeitnehmerfreundlich. Erachtet der Arbeitgeber die objektiv-erforderliche Fortbildungsmaßnahme nicht für erforderlich, ist dies für das Betriebsratsmitglied rechtlich irrelevant. Nimmt das Betriebsratsmitglied hingegen an der Fortbildungsmaßnahme teil, weil es sie für erforderlich erachtet, obwohl sie dies bei objektiver Betrachtung nicht ist, bleibt es unerlaubt der Arbeit fern. Auf eine vorläufige gerichtliche Gestattung, deren Gestattungswirkung für die Vergangenheit auch nach einer aufhebenden Entscheidung nicht entfällt⁷⁶⁷, kann es sich in diesem Fall nicht berufen. Eine Feststellungsverfügung könnte ihm mangels endgültiger Verbindlichkeit keine Rechtssicherheit verschaffen, dass sein Verhalten nicht nachträglich als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten bewertet wird. Die einerseits arbeitnehmerfreundliche Rechtsprechung hat somit zur Folge, dass der Arbeitnehmer andererseits das Risiko rechtlicher Fehleinschätzung zu tragen hat. Angesichts der existenziellen Bedeutung eines Arbeitsverhältnisses für Arbeitnehmer werden diese in Zweifelsfällen daher eher davon absehen, an der umstrittenen Schulungsmaßnahme teilzunehmen. Vor den Risiken einer Fehleinschätzung der Rechtslage kann sich das Betriebsratsmitglied hier nicht durch die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes schützen. Die Rechtssicherheit, die er benötigen würde, kann er nur durch ein Hauptsacheverfahren erlangen, hierfür besteht aber nicht ausreichend Zeit.

⁷⁶⁴ „Mitglieder des Betriebsrats sind von ihrer beruflichen Tätigkeit...zu befreien,...“.

⁷⁶⁵ Siehe LAG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.1995, 12 TaBV 69/95, NZA-RR 1996, 12, 13.

⁷⁶⁶ BAG, Urteil vom 15.07.1992, 7 AZR 466/91, NZA 1993, 220, 221.

⁷⁶⁷ Siehe die Nachweise unter Fn. 751.

Das Beispiel bringt zum Ausdruck, dass die Ausgestaltung des materiellen Rechts erheblichen Einfluss auf das Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz haben kann und das vorherrschende System, in dem Feststellungsverfügungen inhaltlich keine verbindliche Feststellungswirkung beigemessen wird, zu einer Entwertung materieller Rechtspositionen führen kann.

Angesichts der sehr unterschiedlichen Interessenlagen, die in zivilrechtlichen Streitigkeiten bestehen können, erscheint die unterschiedliche Ausgestaltung des Eilrechtsschutzes im Vergleich zu Hauptsacheverfahren, insbesondere angesichts der dienenden Funktion des Eilrechtsschutzes⁷⁶⁸, durchaus bemerkenswert. Insbesondere für Anspruchsgegner, also im Hinblick auf eine neg. Feststellung, können sich hier Rechtsschutzlücken ergeben.

Ähnliche Lücken in der Systematik der §§ 935 ff. ZPO wurden bspw. bereits durch die Anerkennung von Befriedigungsverfügungen auf Leistung (bspw. Unterlassungsverfügung) oder auf Zuerkennung eines Rechtsvorteils (bspw. Zwangslizenz) bzw. Aberkennung eines Rechtsvorteils (Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht) geschlossen. Dies macht deutlich, dass die zivilprozessual vorgesehenen Instrumente der §§ 916 ff. ZPO den tatsächlichen Rechtsschutzbedürfnissen und auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen seit jeher in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht wurden.

Ungeachtet dieser aufgezeigten Lücken soll vorliegend nicht der Versuch unternommen werden, Feststellungsverfügungen eine Wirkung beizumessen, die Feststellungsentscheidungen auf dem Boden der vorherrschenden, einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Zivilverfahrensrechts nicht zukommt.

Die Ausführungen zeigen jedoch auf, dass eine weitere Angleichung der Systeme des Hauptsache- und des einstweiligen Rechtsschutzes, wie sie beispielsweise auch bereits durch das Instrument des Abschlussverfahrens erfolgt, wünschenswert erscheint, um der dienenden Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes gerecht zu werden und damit materiellen Rechtspositionen zur Durchsetzung zu verhelfen.

⁷⁶⁸ Siehe die Nachweise unter Fn. 547.

IV.) Eigene Begründungsansätze in Bezug auf die Zulässigkeit e.V.'en auf negative Feststellung im Lauterkeitsrecht

1.) E.V. auf neg. Feststellung als Abwehrmaßnahme gegen Unterlassungsverfügungen

Bislang nicht eingehend erörtert⁷⁶⁹ wurde der Ansatz, dass eine e.V. auf neg. Feststellung aufgrund ihrer Auswirkungen auf gegenläufige Verfügungsverfahren zulässig und insbesondere statthaft sein könnte.

a.) Zusammenfassung der Ausgangssituation

Als gegenläufige Verfahren kommen im Lauterkeitsrecht nahezu ausschließlich Unterlassungsverfügungsverfahren in Betracht.⁷⁷⁰ In der Praxis handelt es sich bei Unterlassungsansprüchen um den weit überwiegenden Anteil der im Wege der e.V. geltend gemachten Ansprüche.⁷⁷¹

aa.) Bedeutung (ungerechtfertigter) Unterlassungsverfügungen in der Praxis

Das lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungsverfahren wurde durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung höchst effektiv zugunsten des Anspruchstellers ausgestaltet.⁷⁷² Dies hat eine erhebliche Benachteiligung des Antragsgegners und eine große Gefahr materiell-rechtlich unzutreffender Entscheidungen zu dessen Lasten zur Folge.⁷⁷³ Besonders problematisch ist diese Auswirkung vor dem Hintergrund, dass der Großteil lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten in Verfügungsverfahren ausgetragen wird⁷⁷⁴ und die erlassenen Unterlassungsanordnungen irreparable Ergebnisse zur Folge haben können⁷⁷⁵. So ist die nachträgliche Vornahme einer unterlassenen Handlung nicht möglich und

⁷⁶⁹ Erstmals eingehend erörtert wird dieser Ansatz von *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, wobei die Verknüpfung hier erst durch einen gesonderten Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der Unterlassungsverfügung hergestellt wird; angesprochen wurde er zuvor bei *Köhler*, ZZP 103 (1990) 184, 202 f.; im Anschluss an *Bernreuther* wird dem Ansatz neuerdings auch von *Teplitzky* (Kap. 53, Fn. 1) Beachtung geschenkt.

⁷⁷⁰ In begrenztem Umfang sind auch Verfügungsverfahren auf Beseitigung/Widerruf möglich, vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 12, Rn. 3.9; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 109; *Retzer* in *Harte/Henning*, § 12, Rn. 268; *Teplitzky*, Kap. 54, Rn. 11.

⁷⁷¹ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 9.

⁷⁷² Siehe obige Ausführungen unter B.) II.) 3.) a.), S. 113 ff.

⁷⁷³ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 356.

⁷⁷⁴ Siehe die Nachweise unter Fn. 19.

⁷⁷⁵ Siehe die Nachweise unter Fn. 264.

entstandene Schäden sind oftmals nicht vollumfänglich kompensierbar.⁷⁷⁶ Erwehren kann sich ein Antragsgegner diesen Entscheidungen allenfalls mit Hilfe einer Schutzschrift, die aber nicht in gleichem Maße zur Rechtsverteidigung geeignet ist, wie es ein eigener Rechtsbehelf zur Klärung der Rechtslage sein könnte. Zudem sind mit dem Rechtsinstitut der Schutzschrift weitere Nachteile verbunden.⁷⁷⁷

Unlautere geschäftliche Handlungen wie verunglimpfende (§ 4 Nr. 7 UWG) oder geschäftsschädigende (§ 4 Nr. 8 UWG) Äußerungen oder Produktnachahmungen (§ 4 Nr. 9 UWG) können die wirtschaftliche Existenz eines Unternehmens rasch gefährden. Die durch lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungen hervorgerufenen Schäden können indes ebenso weitreichend und gravierend sein.⁷⁷⁸ Maßnahmen wie die Untersagung von Werbekampagnen (§§ 5, 5a, 6 UWG), des Abschlusses und der Durchführung von Verträgen⁷⁷⁹ oder des Angebots von Waren (§ 4 Nr. 9 UWG)⁷⁸⁰ können, selbst wenn sie später aufgehoben werden, maßgeblichen Einfluss auf den geschäftlichen Erfolg eines Unternehmens haben. Auf Märkten mit hohem Konkurrenzdruck und kurzen Produktzyklen, wie beispielsweise denen der Unterhaltungs- und Informationselektronik, werden monatelange Verzögerungen beispielsweise bereits einen erheblichen Anteil der „Lebensdauer“ eines Produkts betreffen. Unterlassungsverfügungen können die Marktverhältnisse daher maßgeblich beeinflussen und als Gegenmaßnahme zu geschäftlichen Handlungen ihrerseits erhebliche Bedeutung in der wettbewerblichen Auseinandersetzung erlangen.⁷⁸¹ Sie können die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von Unternehmen massiv einschränken oder durch das Verbot der Veräußerung von Waren mit einem bestimmten Design, einer bestimmten Kennzeichnung oder der Nutzung einer bestimmten Funktionsweise partiell aufheben. In besonderem Maße gilt dies für Auseinandersetzungen zwischen Mitbewerbern, bei denen eine Unterlassungsverfügung gegenüber einem Konkurrenten unmittelbar zu einer Konservierung oder einem Zuwachs von Marktanteilen führen kann. Gesteigerte Bedeutung kann Unterlassungsverfügungen zukommen, wenn mit ihnen der Marktzutritt eines neuen Konkurrenten verhindert werden soll oder wenn einem Unternehmen die operative Tätigkeit

⁷⁷⁶ Siehe obige Ausführungen unter B.) II.) 2.) c.), S. 104 ff.

⁷⁷⁷ Siehe diesbezüglich Abschnitt A.) V.) 5.), S. 41 ff.

⁷⁷⁸ Vgl. *Berneke*, Rn. 21; *Ahrens/Bähr*, Kap. 38, Rn. 1; *Fritze*, GRUR 1979, 290, 291, der zudem anführt, dass die in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten drohenden Schäden ebenso erheblich sein können wie diejenigen, die aus der Verletzung gewerblicher Schutzrechte resultieren.

⁷⁷⁹ Siehe bspw. BGHZ 110, 156 - *HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz*.

⁷⁸⁰ So beispielsweise in OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.01.2012, I-20 U 175/11, GRUR-RR 2012, 200 - *Tablet PC*.

⁷⁸¹ Vgl. *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Vor § 12 UWG, Rn. 150.

erschwert wird, das sich bereits in einer kritischen Geschäftslage befindet. Eine Unterlassungsverfügung kann dann ihrerseits als Mittel der wettbewerblichen Auseinandersetzung instrumentalisiert werden.⁷⁸² Beispielhaft sei auf *Schricker*⁷⁸³ verwiesen, der - gerade auch auf die Durchsetzung im Wege der Unterlassungsverfügung abstellend - zu diesem Thema ausführt:

„Man hat manchmal den Eindruck, daß Konkurrenten versuchen, unter Einsatz der Gerichte Behinderungswettbewerb zu treiben: Wirtschaftsgiganten liefern sich vor Gericht aufwendige Materialschlachten um winzige Nuancen von Werbebehauptungen, bei denen zweifelhaft bleibt, ob sie auf das Publikum irgendeinen Eindruck machen.“

Die einschneidenden Wirkungen von e.V.'en bergen auch die Gefahr der missbräuchlichen Nutzung.⁷⁸⁴ Dies gilt primär für e.V.'en von Konkurrenten, die daher besonders im Blickpunkt vorliegender Bearbeitung stehen. Von den anderen Aktivlegitimierten für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche (§ 8 Abs. 3 Ziff. 2-4 UWG), wie insbesondere den Industrie- und Handelskammern, den Handwerkskammern und den Verbraucherzentralen, geht regelmäßig keine Gefahr eines missbräuchlichen Vorgehens aus. Diese nehmen primär die Kollektivinteressen ihrer Mitglieder oder die von Verbrauchern wahr und handeln nicht aus Eigennutz. Ermöglicht wird die missbräuchliche Ausnutzung insbesondere durch die Möglichkeit der Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund einseitigen und lediglich glaubhaft gemachten Parteivortrags.

⁷⁸² *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 14; *ders.* in FS für Loschelder, S. 355, 356; *Alexander*, S. 45 f., der anführt, dass es für einen Konkurrenten oftmals einfacher ist, sich der Konkurrenz mit Hilfe gerichtlicher Mittel als mit wettbewerbseigenen Mitteln zu erwehren; *Baur*, S. 100, der anführt, dass e.V.'en dazu missbraucht werden können, unangenehme Wettbewerber niederzukämpfen, und als wirtschaftliche Kampfmittel fungieren können; *Heinze* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 589, der vor der Gefahr einer Denaturierung der Befriedigungsverfügung zum „taktischen Kampfmittel“ warnt.

⁷⁸³ *Schricker*, GRUR Int. 1973, 694, 697.

⁷⁸⁴ Vgl. *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 14, der anführt, dass es nicht zu übersehen sei, dass die wettbewerbliche Unterlassungsverfügung auf Grund ihrer Eigenart und ihrer einschneidenden wirtschaftlichen Auswirkungen leicht dazu verführen kann, sie im Kampf um Marktanteile als bloßes Mittel des Wettbewerbs zum Nachteil der Konkurrenz einzusetzen; *Morbach*, S. 337, ein „effektvolles Druckmittel im Kampf gegen unliebsame Konkurrenten“; *Piehler*, S. 52.

bb.) Voraussichtliche zukünftige Bedeutung e.V.'en bei der Durchsetzung von Rechten in gerichtlichen Verfahren

Angesichts der Erweiterung des Anwendungsbereichs des UWG durch die Novelle von 2008⁷⁸⁵ und der durch das Produktpirateriegesetz⁷⁸⁶ erfolgten Ausdehnung der Möglichkeiten zur Durchsetzung von Auskunftsansprüchen im Wege der e.V. im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht⁷⁸⁷ ist davon auszugehen, dass die Bedeutung von e.V.'en als Instrument der Anspruchsdurchsetzung weiter steigen wird. Damit verschärft sich auch die Problematik, dass durch Befriedigungsverfügungen irreparable Schäden bei den Antragsgegnern hervorgerufen werden können und deren Möglichkeiten zur Rechtsverteidigung in Verfügungsverfahren erheblich eingeschränkt werden.

Die durch das Produktpirateriegesetz vorgesehene Möglichkeit, Auskunftsansprüche im Fall einer offensichtlichen Rechtsverletzung im Wege der e.V. durchzusetzen, weicht in zweifacher Hinsicht erheblich von allgemeinen Grundsätzen des einstweiligen Rechtsschutzes ab. Nach bislang herrschender Ansicht⁷⁸⁸ waren Auskunftsansprüche grundsätzlich nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchsetzbar. Ein entsprechendes Verfügungsgesuch wäre, bereits aufgrund des damit verfolgten Ziels, wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Vorwegnahme der Hauptsache⁷⁸⁹ zurückzuweisen gewesen. Zulasten des Antragsgegners führen Befriedigungsverfügungen auf Auskunft zu vollendeten Zuständen. Es ist auch nach Aufhebung der Entscheidung nicht mehr möglich, die Kenntnis des Anspruchstellers von den erteilten Informationen zu beseitigen. Andererseits sind Verfügungsgesuche grundsätzlich bereits bei Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs (§§ 920 Abs. 2, 936 ZPO) und nicht erst im Fall des Nachweises der Offensichtlichkeit der Voraussetzungen begründet. Durch das Produktpirateriegesetz wird das Verfügungsverfahren für diese Konstellationen an das Hauptsacheverfahren angenähert. Einerseits können im Wege der e.V. Wirkungen erzielt werden, die bislang einem Hauptsacheurteil vorbehalten waren. Andererseits werden die Anforderungen an den erforderlichen Grad der Überzeugung des Gerichts, im Vergleich zu den gesetzlichen Vorgaben für das Verfügungs-

⁷⁸⁵ Durch die Ersetzung des Begriffs der Wettbewerbshandlung durch den Begriff der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG), vgl. die Ausführungen unter A.) II.), S. 21 f. und A.) IV.) 3.), S. 27.

⁷⁸⁶ Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 07.03.1990 (BGBl. I, S. 422).

⁷⁸⁷ Siehe hierzu auch *Ensthaler*, GRUR 1992, 273, 275.

⁷⁸⁸ *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 623; siehe auch *FA-GewRS/Retzer*, Kap. 6, Rn. 1184.

⁷⁸⁹ *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 623.

verfahren, verschärft. Diese Änderungen erweitern den Anwendungsbereich e.V.'en und lassen damit erkennen, dass der Gesetzgeber eher geneigt erscheint, die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes weiter zu steigern, anstatt sie ihrer ursprünglichen, dienenden Funktion⁷⁹⁰ wieder anzunähern. Auch wenn durch die neuen Regelungen zumindest insoweit der erforderliche Grad der Überzeugung des Gerichts zulasten des Anspruchstellers verschärft wurde, wirkt sich die Entwicklung insgesamt zulasten der Anspruchsgegner aus.

Diese Rechtsentwicklung gibt Anlass zu bedenken, ob das Verfügungsverfahren in seiner derzeitigen Ausgestaltung das richtige Instrument zur beschleunigten Durchsetzung von Ansprüchen darstellt bzw. ob nicht im Gegenzug zugunsten des Anspruchsgegners wenigstens ein Rechtsinstrument anerkannt wird, mit dem er seine prozessuale Stellung verbessern und sich wirksam gegen Verletzungen seiner materiellen Rechte durch ungerechtfertigte e.V.'en schützen kann.

b.) Reduzierung der Privilegierungen des Antragstellers als geeignetes Mittel zum Schutz der Rechte des Antragsgegners?

Der Gefahr widerrechtlicher Schädigungen des Antragsgegners durch ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen sollte nicht dadurch begegnet werden, dass die starke prozessuale Stellung des Antragstellers abgeschwächt und uneffektiver ausgestaltet wird. Ungeachtet der teilweise undifferenzierten und insoweit überschießenden Anwendung prozessualer Privilegierungen zugunsten des Antragstellers in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren⁷⁹¹ ist die Ausrichtung des Verfügungsverfahrens an dem Gebot effektiven Rechtsschutzes aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend geboten.⁷⁹²

Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche und der Schnelllebigkeit geschäftlicher Handlungen⁷⁹³ besteht für den Anspruchsteller ein Bedürfnis zur möglichst zügigen Anspruchsdurchsetzung. Bei zeitnah geplanten oder bereits durchgeführten geschäftlichen Handlungen käme gerichtlicher Rechtsschutz durch Hauptsacheverfahren regelmäßig zu spät. Die Unterlassungsverfügung ist einem Hauptsacheurteil in zeitlicher Hinsicht überlegen. Sie ergeht im Erfolgsfall binnen eines kurzen Zeitraums und

⁷⁹⁰ Siehe hierzu die Ausführungen unter C.) I.) 1.), S. 117 ff.

⁷⁹¹ Vgl. insoweit die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) ff.), S. 89 ff., die belegen, dass die unreflektierte Übernahme zivilprozessualer Vorgaben für Sicherungsverfahren auf Befriedigungsverfügungen unerwünschte Folgeerscheinungen wie die sog. Schubladenverfügungen zur Folge haben kann.

⁷⁹² Siehe hierzu die Ausführungen unter D.) VI.), S. 260 ff.

⁷⁹³ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 9.), S. 56 ff.

währt unbefristet, bleibt allerdings stets aufhebbar. Aufgrund ihrer Eigenschaft als Befriedigungsverfügung ist die Wirkung einer Unterlassungsverfügung der eines Unterlassungsurteils qualitativ gleichwertig.⁷⁹⁴

Soweit Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der unmittelbaren Realisierung des materiellen Rechts dienen, nehmen sie insoweit die gesetzlich zugewiesene Funktion des Hauptsacherechtsschutzes ein. Die Verwirklichung des materiellen Rechts ist grundsätzlich Aufgabe der Hauptsacheverfahren. Die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes besteht primär in einer Unterstützung der Hauptsacheverfahren, indem materiell-rechtliche Rechtspositionen vor einer Entwertung infolge der durch die Dauer von Hauptsacheverfahren eintretenden Verzögerungen geschützt werden.⁷⁹⁵ Insbesondere bei den klassischen Formen des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Arrest (§§ 916 ff. ZPO) und der Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO), wird dies deutlich. Diese vertretende Wirkung resultiert nicht bereits allein aus dem Wesen als Befriedigungsverfügung. So ist beispielsweise bei Befriedigungsverfügungen auf Unterhaltszahlung vollumfänglicher Rechtsschutz auch noch durch ein nachfolgendes Hauptsacheverfahren möglich. Zwar ist unverkennbar, dass gerade auch in diesen Konstellationen ein dringendes Bedürfnis nach sofortiger Zahlung besteht. Jedoch führt auch die verspätete Zahlung noch zur Erfüllung des Anspruchs. Bei Unterlassungsverpflichtungen ist dies nicht der Fall. Für einen vergangenen Zeitraum kann ein Verhalten nicht mehr geändert, eine vorgenommene Handlung nicht nachträglich unterlassen werden. Die besondere Bedeutung der Unterlassungsverfügung im Lauterkeitsrecht beruht auf der Kombination von deren Charakter als Befriedigungsverfügung, der besonderen Schnelligkeit geschäftlicher Handlungen und der mangelnden Nachholbarkeit von Unterlassungsverpflichtungen.

Dementsprechend kommt Unterlassungsverfügungen im Lauterkeitsrecht eine besonders wichtige Bedeutung zu. Wenn das materielle Recht Rechtspositionen zur Verfügung stellt, ist es Aufgabe des Verfahrensrechts, den Schutz dieser Rechtspositionen grundsätzlich zu gewährleisten (dienende Funktion des Verfahrensrechts⁷⁹⁶). Wenn das materielle Recht Ansprüche gewährt, muss dementsprechend auch deren rechtzeitige Durchsetzbarkeit grundsätzlich gewährleistet sein.

⁷⁹⁴ *Nirk/Kurtze*, Rn. 405; *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 99, Rn. 1, § 110, Rn. 1; vgl. auch *Walker*, Rn. 84 und 507.

⁷⁹⁵ Siehe Abschnitt C.) I.) 1.), S. 117 ff.

⁷⁹⁶ GemSOGB, Beschluss vom 30.04.1979, GmS-OGB 1/78, NJW 1980, 172, 174.

Einen Anspruchsteller in dieser Situation auf die Hauptsacheklage zu verweisen und ihm keine oder nur eine eingeschränkte Möglichkeit des Eilrechtsschutzes zur Verfügung zu stellen, käme einer partiellen Rechtsschutzverweigerung gleich⁷⁹⁷ und würde den Anspruch des Anspruchstellers auf effektiven Rechtsschutz verletzen⁷⁹⁸. Bestünde keine Möglichkeit, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen rasch zu unterbinden, könnte unlauterem Wettbewerb nicht wirksam begegnet werden. Das Verfahrensrecht könnte seine Funktion nicht erfüllen, das materielle Recht zu verwirklichen.

Auch der Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, dem das UWG nach dessen § 1 ebenfalls dient, gebietet ein zivilprozessuales Instrumentarium, das es ermöglicht, die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen rechtzeitig zu unterbinden.

Dem Anspruchsteller verbleibt bei verzögertem Rechtsschutz zwar die Möglichkeit, den zwischenzeitlich entstandenen Schaden nach § 9 UWG ersetzt zu verlangen, dies stellt jedoch, unabhängig von der Problematik der Schadensbeurteilung im Lauterkeitsrecht⁷⁹⁹, keinen gleichwertigen Ersatz für einen Mangel an Primärrechtsschutz dar. Der effektivste Sekundärrechtsschutz, durch einen Ausgleich erlittener Nachteile, kann einen Mangel an Primärrechtsschutz nicht vollumfänglich ausgleichen. Rechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren käme in diesen Konstellationen regelmäßig zu spät.

Die effektive Ausgestaltung des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes sollte daher, auch unter Berücksichtigung der einschneidenden Wirkungen für den Antragsgegner, nicht eingeschränkt werden⁸⁰⁰.

c.) E.V. auf negative Feststellung als geeignetes Schutzinstrument

Stattdessen soll der Frage nachgegangen werden, ob es im Hinblick auf die aus einem einseitigen, summarischen Verfahren resultierenden Gefahren, wie beispielsweise der Gefahr unzutreffender Entscheidungen mit irreparablen Folgen oder eines Missbrauchs des

⁷⁹⁷ Schuschke/Walker, vor § 916 – 945, Rn. 4; ders., Rn. 72, m.w.N.

⁷⁹⁸ Siehe die Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 9.), S. 56 ff., nebst den Nachweisen unter Fn. 252.

⁷⁹⁹ Siehe diesbezüglich Abschnitt A.) V.) 7.), S. 51 ff.

⁸⁰⁰ Vgl. Berneke, Rn. 19, der die Kritik an der Ausgestaltung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfahrens und die weitgehende Verdrängung des Hauptsacheverfahrens als berechtigt anerkennt, andererseits zutreffend anführt, dass die Unterlassungsverfügung das einzige zivilprozessuale Instrument darstellt, das geeignet ist, das Bedürfnis der Praxis nach effektivem Eilrechtsschutz zu befriedigen.

Rechtsinstruments, nicht möglich und geboten ist, der Gegenpartei eine in gleichem Maße geeignete Möglichkeit zum Schutz ihrer Geschäftstätigkeit zur Verfügung zu stellen.

aa.) Schutz geschäftlicher Tätigkeiten gegen Beeinträchtigungen im Allgemeinen

Der zivilrechtliche (Primärrechts-) Schutz von geschäftlichen Tätigkeiten gegen Beeinträchtigungen wird in erster Linie durch Unterlassungsansprüche gewährleistet. Materiell-rechtlich bestehen hier keine Lücken. Das Lauterkeitsrecht, die nationalen und europäischen kartellrechtlichen Vorschriften, die diversen immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetze und die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften des BGB bieten grundsätzlich einen umfassenden Schutz. Insbesondere durch die lauterkeitsrechtliche Generalklausel des § 3 UWG und die analoge Anwendbarkeit der §§ 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1, 12 BGB auf den Auffangtatbestand des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁸⁰¹ wird umfassender Schutz gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen gewährleistet.⁸⁰² Ein geschäftlich Handelnder hat nach diesen Vorgaben grundsätzlich einen Anspruch auf Unterlassung (drohender) rechtswidriger Beeinträchtigungen seiner Geschäftstätigkeit.⁸⁰³ Sofern erforderlich kann er den Rechtsweg beschreiten, um drohende Beeinträchtigungen tatsächlicher Art abzuwenden. Auch die Möglichkeit der Erwirkung einer Unterlassungsverfügung steht ihm offen.

bb.) Schutz geschäftlicher Tätigkeiten gegen Beeinträchtigungen durch die unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen durch Verfahren zur Rechtsdurchsetzung

Während ein Unternehmen gegen Eingriffe tatsächlicher Art materiell-rechtlich umfassenden Schutz genießt und die prozessuale Durchsetzbarkeit von Unterlassungsansprüchen gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen gewährleistet ist, stellt sich die Rechtslage bei Eingriffen durch rechtliche Maßnahmen anders dar.

Die Qualität der Beeinträchtigung kann bei beiden Formen von Eingriffen die gleiche Intensität aufweisen. So wird es für ein Unternehmen und den Absatz seiner Produkte beispielsweise keinen Unterschied machen, ob es von Konkurrenten durch körperliche Hindernisse daran gehindert wird, Produkte an Händler auszuliefern, oder ob ihm hierfür gerichtlich die Verhängung von Beugemaßnahmen (vgl. § 890 Abs. 1 ZPO) angedroht wird.

⁸⁰¹ Vgl. BGHZ 166, 84, 108 ff.; Palandt/*Sprau*, § 823, Rn. 20 und 126 ff.

⁸⁰² Vgl. *Dunkl* in FS für Buchner, S. 204; *Erman*, JZ 1960, 297, 298.

⁸⁰³ Vgl. hierzu sowie zu den historischen Wurzeln des Unterlassungsanspruchs Großkomm/*Köhler*, Vor § 13, Rn. 1 f.

Die Geschäftstätigkeit kann in beiden Fällen gleichermaßen intensiv beeinträchtigt werden. Auch können beide Formen der Beeinträchtigung rechtswidrig sein.

Gegen die unberechtigte Geltendmachung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche, gleich ob gerichtlich oder außergerichtlich, bedarf es grundsätzlich keiner Abwehransprüche. Oben wurde bereits dargelegt⁸⁰⁴, inwieweit ein Schutz gegen auf verschiedenen Wegen geltend gemachte unberechtigte Anspruchsbegehren besteht.

aaa.) Außergerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs

Sofern unberechtigte Anspruchsbegehren außergerichtlich geltend gemacht werden, was bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen im Wege der Abmahnung erfolgt, resultiert für den Anspruchsgegner aus diesem außergerichtlichen Vorgehen an sich keine Gefahr. Ein Anspruchsteller kann ein unbegründetes Anspruchsbegehren nicht im Wege der Abmahnung gegen den Willen des Abgemahnten durchsetzen. Aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols ist er zur zwangsweisen Durchsetzung seiner Ansprüche auf gerichtliche Hilfe angewiesen. Dem Anspruchsgegner steht es daher frei, die Abmahnung einfach zu ignorieren, ohne dass ihm hierdurch, bis auf die Gefahr, die Kosten eines gerichtlichen Verfahrens tragen zu müssen, weitere Beeinträchtigungen drohen, die er nicht bereits zuvor durch sein Verhalten geschaffen hat. Durch die bloße Abmahnung droht dem Antragsgegner daher nicht die Gefahr einer rechtswidrigen Beeinträchtigung seiner Geschäftstätigkeit.

bbb.) Gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs

aaaa.) Gefahr der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen in gerichtlichen Verfahren im Allgemeinen

Gerichtliche Verfahren können die Gefahr einer unberechtigten Beeinträchtigung der geschäftlichen Tätigkeit der gegnerischen Partei begründen. Dies belegen die materiellrechtlichen Haftungsanordnungen der ZPO (§§ 717 Abs. 2, 302 Abs. 4 S. 3, 600 Abs. 2 i.V.m. 302 Abs. 4 S. 3 sowie 945 ZPO). Diese Gefahr erschien dem Gesetzgeber so gravierend, dass er es für erforderlich erachtete, dem Geschädigten mit den Regelungen einen Anspruch auf Kompensation einzuräumen, auch wenn die Möglichkeit der Schädigung durch ein hoheitliches Verfahren geschaffen wurde.

⁸⁰⁴ Siehe hierzu die Ausführungen unter B.) I.) 3.), S. 70 ff.

Den Haftungsanordnungen liegt jeweils die Konstellation zugrunde, dass bereits ein gerichtlicher Titel existiert, dieser allerdings noch nicht rechtsbeständig ist. Vor dem Zeitpunkt der Existenz des Titels stellt sich die Problematik nicht, da keine Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung besteht. Ab dem Zeitpunkt der endgültigen Rechtsbeständigkeit (infolge des Eintritts materieller Rechtskraft) scheidet eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit aus, da die Entscheidung sonst keinen endgültigen Rechtsfrieden herbeiführen könnte, was Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Rechtskraft widerspräche⁸⁰⁵. Die Haftung nach den genannten Vorschriften ist gegenüber den allgemeinen Grundsätzen der Schadensersatzhaftung für außervertragliches Verhalten in mehrerer Hinsicht privilegiert. Der Schutz ist weder auf bestimmte Rechtsgüter beschränkt noch besteht ein Erfordernis schuldhaften Verhaltens.⁸⁰⁶

Wenngleich die Vorschriften auf den durch die Vollstreckung/Vollziehung der Gerichtsentscheidungen verursachten Schaden oder auf zur Abwendung der Vollstreckung/Vollziehung erbrachte Leistungen des Anspruchsgegners abstellen (so die Regelungen der §§ 717 Abs. 2, 302 Abs. 4 S. 3 (i.V.m. § 600 Abs. 2) ZPO; bei § 945 ZPO ist dies zumindest für Leistungen des Anspruchsgegners, die unter Vollstreckungsdruck erfolgen, anerkannt⁸⁰⁷), besteht der Grund der Haftungsanordnungen in potentiellen Unrichtigkeiten der Entscheidungen des Erkenntnisverfahrens^{808 809}. Die Formulierung der Vorschriften trägt dem Umstand Rechnung, dass der schädigende Eingriff in die Sphäre des Antragsgegners durch den Akt der Vollstreckung/Vollziehung erfolgt und der gerichtliche Ausspruch der vollstreckungsbedürftigen Entscheidung allein noch nicht zu einem schadensverursachenden Eingriff in die Sphäre des Antragsgegners führt. Der Kompensation von Schäden durch rechtswidrige Zwangsvollstreckungs-/Vollziehungsverfahren sollen die Regelungen nicht dienen. Sie stellen nicht auf Verstöße gegen Vorgaben für das Zwangsvollstreckungs-/Vollziehungsverfahren ab, sondern auf den Inhalt der Entscheidung, die der Durchsetzung zugrunde liegt. Die Rechtmäßigkeit eines Vollstreckungsaktes ist zudem unabhängig von der

⁸⁰⁵ *Völzmann-Stickelbrock* in Prütting/Gehrlein, § 322, Rn. 1; *Reichold* in Thomas/Putzo, § 322, Rn. 1.

⁸⁰⁶ Vgl. Stein/Jonas/*Grunsky*, § 945, Rn. 1 und 8 ff.; *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, § 945, Rn. 1 und Rn. 22.

⁸⁰⁷ BGHZ 120, 261, 271; *Seiler* in Thomas/Putzo, § 945, Rn. 5; *Zöller/Vollkommer*, § 945, Rn. 14; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 945, Rn. 19.

⁸⁰⁸ Wenngleich bei den maschinell bearbeiteten Mahnverfahren (vgl. § 689 Abs. 1 S. 2 ZPO) kaum von einem solchen die Rede sein kann, hier beruht die Haftungsanordnung darauf, dass aufgrund des Schweigens des Adressaten binnen der Widerspruchsfrist nicht darauf geschlossen werden kann, dass er nicht noch rechtzeitig Einwände gegen den Anspruch erhebt und Einspruch einlegt.

⁸⁰⁹ BGHZ 120, 261, 263.

Frage der Rechtmäßigkeit der titulierten Verpflichtung, deren Durchsetzung er dient.⁸¹⁰ Die Zwangsvollstreckung/Vollziehung setzt lediglich die Existenz eines Titels, nicht jedoch dessen Rechtmäßigkeit voraus.

Während die Vorschriften einen Ausgleich entstandener Schäden auf Sekundärebene grundsätzlich gewährleisten (vorbehaltlich etwaiger Problematiken der Schadensbeizifferung), stellt sich die Frage, inwiefern es den Anspruchsgegnern in den zugrunde liegenden Konstellationen möglich ist, die Titulierung des unbegründeten Anspruchsbegehrens zu verhindern, um einer Schädigung bereits im Vorfeld entgegenzuwirken.

bbbb.) Geltendmachung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens

In einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren wird der Schutz des Anspruchsgegners vor unberechtigter Inanspruchnahme durch die zivilprozessualen Verfahrensgarantien für Hauptsacheverfahren gewährleistet. Diese stellen sicher, dass die prozessualen Rechte beider Parteien in gleichem Maße berücksichtigt und gewahrt werden, insbesondere sind weder mit der Parteistellung des Klägers noch der des Beklagten Privilegierungen verbunden, die den Gegner über Gebühr benachteiligen würden. Es gilt der Grundsatz, dass die Parteien durch das gerichtliche Verfahren an sich vor Beeinträchtigungen geschützt werden.⁸¹¹

Die Bedeutung des Wahlrechts des Klägers aus § 35 ZPO, das in Verbindung mit dem in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten regelmäßig eröffneten fliegenden Gerichtsstand dazu führt, dass der Kläger sich des Gerichts seiner Wahl bedienen kann⁸¹², ist in Hauptsacheverfahren von geringerer Bedeutung als in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. In Hauptsacheverfahren ermöglichen die Rechtsmittel der Revision und der Rechtsbeschwerde eine bundesweite Vereinheitlichung der Rechtsprechung. Ruft der Kläger bei strittigen Rechtsfragen ein Gericht an, das eine für ihn günstige Rechtsansicht vertritt, verbleibt dem Beklagten grundsätzlich die Möglichkeit, den BGH zur endgültigen Klärung materiellrechtlicher oder prozessualer Rechtsfragen anzurufen. Eine derart divergierende Rechtsprechungsvielfalt wie in Bezug auf das Verfügungsverfahren⁸¹³ existiert für das Hauptsacheverfahren ohnehin nicht und kann daher durch ein Wahlrecht auch nicht

⁸¹⁰ Schuschke/Walker, Einführung Buch 8, Rn. 11.

⁸¹¹ BGHZ 164, 1, 6 – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

⁸¹² Siehe zu den möglichen Auswirkungen infolge des Gesetzes gegen unlautere Geschäftspraktiken die Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 2.), S. 33 f.

⁸¹³ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 94.

zugunsten des Wahlberechtigten fruchtbar gemacht werden. Dem Antragsgegner eines Verfügungsverfahrens stehen die Rechtsbehelfe der Revision und der Rechtsbeschwerde nicht zur Verfügung.⁸¹⁴ Eine bundesweite Vereinheitlichung ist daher im Regelfall ausgeschlossen.

In Hauptsacheverfahren wird elementaren prozessualen Grundsätzen, wie dem des rechtlichen Gehörs, vollumfänglich und insbesondere vor Erlass der Entscheidung Rechnung getragen. Eine Verurteilung darf nur erfolgen, wenn der Kläger den Bestand seines Anspruchs dargelegt und ggf. unter Beweis gestellt hat und der Beklagte dem keine durchgreifenden Einwendungen entgegensetzen konnte. Das besonders gefährliche Glaubhaftmachungsmittel der Eidesstattlichen Versicherung ist nicht statthaft. Überraschungsentscheidungen sind hier ausgeschlossen, da der Beklagte stets zu beteiligen ist. Der Grundsatz des Vollbeweises führt dazu, dass das klägerische Begehren abgewiesen wird, sofern es dem Kläger nicht gelingt, den strittigen, anspruchsbegründenden Sachvortrag in einer Weise zu belegen, die jegliche ernstlichen Zweifel ausräumt.⁸¹⁵ Im Ergebnis wird die Gefahr gerichtlicher Fehlentscheidungen minimiert.

In Hauptsacheverfahren hat der Anspruchsgegner, ein Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) vorausgesetzt, zudem die Möglichkeit, gerichtlich im Wege der neg. FK klären zu lassen, dass dem Anspruchsteller der geltend gemachte Anspruch nicht zusteht. Wenngleich es dem Anspruchsteller in diesen Fällen nach herrschender Rechtsprechung durch Erhebung einer gegenläufigen LK und des Eintritts in die mündliche Verhandlung (§§ 269 Abs. 1, 137 Abs. 1 ZPO) möglich ist, das Feststellungsinteresse entfallen zu lassen und damit die Unzulässigkeit der neg. FK herbeizuführen⁸¹⁶, kann der Anspruchsgegner auf diesem Weg zumindest die endgültige Klärung der Rechtsstreitigkeit erreichen, da der Entfall des Feststellungsinteresses voraussetzt, dass die gegenläufige LK nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann⁸¹⁷. Zum Schutz vor einer unzutreffenden gerichtlichen Entscheidung kann diese Klagemöglichkeit dem Anspruchsgegner jedoch weder verhelfen, noch ist sie dazu erforderlich. Die Stellung der Parteien in Hauptsacheverfahren ist gleichwertig ausgestaltet und dessen Verfahrensgarantien minimieren das Risiko einer Fehlentscheidung. Aufgrund dieser Gleichberechtigung verschafft dem Anspruchsgegner die

⁸¹⁴ Siehe die Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 2.), S. 32.

⁸¹⁵ Siehe obige Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) bb.), S. 80 f., insbesondere die Nachweise unter Fn. 353.

⁸¹⁶ Siehe hierzu im Detail nachfolgende Ausführungen unter Abschnitt D.) IV.) 1.) c.) cc.) bbb.) aaa.), S. 188 ff.

⁸¹⁷ BGHZ 165, 305, 308 ff. – *Detektionseinrichtung I*, m.w.N.

Möglichkeit der Klage auf neg. Feststellung auch keinen Vorteil im Vergleich zur Stellung als Beklagter einer gegenläufigen LK. Auch kann ihm das Wahlrecht aus § 35 ZPO, das dem Anspruchsgegner als Kläger einer neg. FK grundsätzlich zukommt, durch die Erhebung der gegenläufigen LK entzogen werden, da der Anspruchsteller nach der vorherrschenden Rechtsprechung nicht gehalten ist, die gegenläufige LK im Gerichtsstand der rechtshängigen neg. FK zu erheben.⁸¹⁸

cccc.) Geltendmachung im Rahmen eines Verfügungsverfahrens

Anders stellt sich die Rechtslage im Unterlassungsverfügungsverfahren dar. Das Verfahren wird durch den Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes dominiert und privilegiert den Antragsteller, insbesondere im Beschlussverfahren.⁸¹⁹ Sowohl die besonderen gesetzlichen Vorgaben der §§ 916 ff. ZPO für das Verfügungsverfahren als auch die Handhabung in der Praxis haben zu einer Ausgestaltung geführt, die von der eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens erheblich abweicht. Angesichts dieser Unterschiede in der Ausgestaltung beider Verfahrensarten erscheint es nicht unbedenklich, dass lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche überwiegend in Verfügungsverfahren durchgesetzt werden⁸²⁰. Die Unterschiede in der Ausgestaltung der Verfahrensarten legen nahe, dass es der Gewichtung der Interessen der Beteiligten in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahren an Ausgewogenheit mangelt. Jedenfalls ist die Stellung der Beteiligten nicht gleichwertig, da mit der Position als Antragsteller erhebliche Privilegierungen verbunden sind⁸²¹.

Äquivalent zur unterschiedlichen Ausgestaltung der Verfahrensarten und der Privilegierung bzw. Gleichbehandlung der Parteien stellt sich die Gefahr der unberechtigten gerichtlichen Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsbegehren⁸²² und damit auch der missbräuchlichen Inanspruchnahme dieser Verfahren als Mittel der wettbewerblichen Auseinandersetzung dar. Je mehr ein Verfahren darauf ausgerichtet ist, die behaupteten Rechte einer der beiden beteiligten Parteien effektiv durchzusetzen, und hierzu Verkürzungen der Rechtsposition der Gegenpartei in Kauf nimmt, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass es hierbei zu einer Entscheidung kommt, die von der eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens abweicht.

⁸¹⁸ Siehe die Nachweise unter Fn. 885.

⁸¹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 3.), S. 113 ff.

⁸²⁰ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 19.

⁸²¹ Vgl. Abschnitt B.) II.) 3.), S. 113 ff.

⁸²² Siehe hierzu auch *Bernreuther*, WRP 2010, 1190, 1195.

Die gesetzlichen Möglichkeiten, einer unberechtigten Anspruchsdurchsetzung entgegenzuwirken, stehen in Widerspruch zu dieser Gefahrenlage.

Die Ausgestaltung der Vorschriften für das Hauptsacheverfahren birgt keine gravierende Gefahr einer unberechtigten Anspruchsdurchsetzung. Die prozessuale Stellung beider Parteien ist gleichwertig ausgestaltet. Mit der neg. FK (§ 256 Abs. 1 Var. 2 ZPO) besteht für den Anspruchsgegner die Möglichkeit, eine endgültige Klärung der Rechtslage zu erwirken. Das auf die neg. FK ergehende Urteil erwächst in materielle Rechtskraft und führt damit zu Rechtssicherheit, -klarheit und Planungssicherheit. Da mit der Parteistellung als Kläger oder Beklagter eines zivilrechtlichen Hauptsacheverfahrens keine erheblichen Vor- oder Nachteile verbunden sind, führt die Stellung als Kläger einer neg. FK, im Vergleich zur Stellung als Beklagter einer kontradiktorischen LK, nicht zu einer relevanten Verbesserung der prozessualen Stellung.

Für das Verfügungsverfahren ist nach vorherrschender Rechtsansicht keine Möglichkeit des Anspruchstellers anerkannt, sich der Durchsetzung unberechtigter Anspruchsbegehren zu erwehren. Die ZPO bringt mit den Vorgaben der §§ 945 und 936, 926 zum Ausdruck, dass der Primärrechtsschutz des Antragsgegners vor unberechtigten e.V.'en durch die prozessualen Vorgaben der §§ 916 ff. nur unzureichend gewährleistet ist. Die Auswirkungen dieses Defizits sind umso größer, je weitreichender die Folgen e.V.'en sind. Bei Befriedigungsverfügungen, die zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen und damit nicht hinter den Wirkungen eines Hauptsacheurteils zurückbleiben, hat das Defizit, dogmatisch betrachtet, die umfassendsten Auswirkungen zur Folge. Weiter gesteigert werden die Wirkungen, wenn die e.V.'en irreparable Folgen haben. Der (Primärrechts-) Schutz der materiellen Rechtsposition des Anspruchsgegners wird in einem Verfügungsverfahren des Anspruchstellers somit nur unzureichend gewährleistet. Die dienende Funktion des Verfahrensrechts zugunsten des materiellen Rechts⁸²³ scheint in Bezug auf den Anspruchsgegner für Konstellationen materiell unberechtigter Unterlassungsanspruchsbegehren nicht nur nicht gewährleistet, sondern das Verfahrensrecht stellt gerade das Mittel zur widerrechtlichen Schädigung des Anspruchsgegners zur Verfügung. Für diesen besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, seinerseits eigene Ansprüche im Wege der e.V. geltend zu machen, dies hat aber nicht zur Folge, dass er dem Anspruchsteller im Wege der e.V. untersagen lassen könnte, gerichtlich Ansprüche gegen sich geltend zu

⁸²³ Siehe diesbezüglich Abschnitt C.) I.) 1.), S. 117 f.

machen. Dem steht bis auf enge Ausnahmekonstellationen das verfahrensrechtliche Privileg entgegen, das auch auf Verfügungsverfahren Anwendung findet.⁸²⁴

Rspr.⁸²⁵ und h.M.⁸²⁶ führen an, dass sich Anspruchsgegner, die sich mit einem unberechtigten Unterlassungsbegehren (im Wege der Abmahnung) konfrontiert sehen, Rechtsschutz im Wege der neg. FK erreichen können. Mithilfe einer neg. FK kann rechtsverbindlich festgestellt werden, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht besteht, der Erlass einer vollziehbaren Unterlassungsverfügung kann mit einer neg. FK aber allenfalls theoretisch verhindert werden. Aufgrund des Dringlichkeitserfordernisses (bzw. i.R.d. Lauterkeitsrechts der zeitlichen Grenze der Selbstwiderlegung der Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG) müssen Anträge auf Erlass e.V.'en binnen eines kurzen⁸²⁷ Zeitraums gestellt werden. Diese Zeitspanne reicht nicht aus, um ein gerichtliches Hauptsacheverfahren durchzuführen. Ein zivilprozessuales Klageverfahren ist naturgemäß nicht geeignet, einem zivilprozessualen Eilverfahren zuvorzukommen und ein solches bereits im Vorfeld zu verhindern. Eine Kollision von Unterlassungsverfügung und negativem Feststellungsurteil käme damit nur bei Dauerhandlungen oder wiederholten Handlungen in Betracht. Nur in diesen Fällen könnte ein Anspruchsgegner (zwischen-) zeitlich die Möglichkeit haben, ein Hauptsacheverfahren durchzuführen, in dem festgestellt werden könnte, dass das beanstandete Verhalten keine Unterlassungsansprüche des Anspruchstellers begründet. Eine in der Praxis hilfreiche Möglichkeit, den Erlass ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen zu verhindern, stellt diese Möglichkeit nicht dar. Der Anspruchsteller erhält durch die Zustellung der Klageschrift Kenntnis von dem Zeitpunkt der Einleitung des Feststellungsrechtsstreits. Die zivilprozessualen Möglichkeiten für das Hauptsacheverfahren ermöglichen es ihm, den Zeitpunkt bis zur Entscheidung maßgeblich hinauszuzögern. Durch die Einlegung von Rechtsmitteln kann er den Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung um Jahre hinauszögern. In zeitlicher Hinsicht ist ihm zwischenzeitlich die Erwirkung einer Unterlassungsverfügung unschwer möglich. Rechtzeitigen Primärrechtsschutz gegenüber einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügung kann eine neg. FK somit nicht gewährleisten. Vor Schädigungen durch unberechtigte Unterlassungsverfügungen kann den Anspruchsgegner eine Klage auf negative Feststellung somit allenfalls theoretisch bewahren.

⁸²⁴ Siehe hierzu obige Ausführungen unter B.) I.) 3.), S. 70 ff.

⁸²⁵ BGHZ 164, 1, 4 – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

⁸²⁶ FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1151; Ahrens/Achilles, Kap. 5, Rn. 8, m.w.N.; Teplitzky, Kap. 41, Rn. 68, m.w.N.

⁸²⁷ Zu den Divergenzen in der Rspr. der Oberlandesgerichte zu diesem Merkmal vgl. die Ausführungen unter A.) V.) 2.), S. 33.

Das Interesse des Klägers einer (neg.) FK besteht in der endgültigen und rechtsverbindlichen Klärung der Rechtslage.⁸²⁸ Da die Verfahrensstellung als Kläger nicht mit gewichtigen Vorzügen im Vergleich zur Stellung als Beklagter ausgestattet ist, besteht für einen Anspruchsgegner kein spezifisches Interesse an der prozessualen Stellung als solcher. Führt man sich vor Augen, dass es sich auch bei einem klagabweisenden Urteil über eine LK um ein (aus der Perspektive des Beklagten neg.) Feststellungsurteil⁸²⁹ handelt, so kann auch ein diesbezüglicher Antrag auf Klagabweisung als neg. Feststellungsbegehren verstanden werden.⁸³⁰ In Verfügungsverfahren herrscht eine andere Interessenlage. Der Antragsteller wird hier erheblich gegenüber dem Antragsgegner begünstigt. Insbesondere in lauterkeitsrechtlichen Beschlussverfahren sind mit der Verfahrensstellung eine Vielzahl von Privilegierungen verbunden, die ein spezifisches Interesse an dieser begründen. Während dem Anspruchsgegner in Hauptsacheverfahren mit der neg. FK ein Rechtsinstrument zur Verfügung steht, das ein Vorgehen gegen den Anspruchsteller ermöglicht, steht ihm ein solches Instrument im einstweiligen Rechtsschutz nach vorherrschender Rechtsansicht nicht zur Verfügung. Diese unterschiedliche Ausgestaltung steht den Bedürfnissen der Parteien (bzw. zumindest dem Schutzbedürfnis des Anspruchsgegners) diametral entgegen. Stellt man auf das Schutzbedürfnis ab, so müsste für den Anspruchsgegner lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche im einstweiligen Rechtsschutz erst recht ein Rechtsinstrument zur Verfügung stehen, mit dem er seine Interessen gegenüber dem Anspruchsteller verfolgen kann. Durch ein eigenes Verfügungsgesuch könnte er möglicherweise verhindern, dass er sich einer massiven prozessualen Benachteiligung ausgesetzt sieht und diese zu einer widerrechtlichen Schädigung seiner Geschäftstätigkeit führt. Ein entsprechendes Instrument könnte die Stellung des Anspruchsgegners im Vergleich zur vorherrschenden Situation, in dem er zur Passivität gezwungen ist, wesentlich verbessern.

Nach vorherrschender Rechtsansicht erfährt der Anspruchsgegner regelmäßig erst durch die Zustellung der Unterlassungsverfügung inklusive Ordnungsmittellandrohung (vgl. § 890 ZPO) davon, dass überhaupt ein Verfahren eingeleitet wurde.⁸³¹ Von der Zurückweisung gegen ihn beantragter Verfügungsgesuche erlangt er keine Kenntnis (§§ 936, 922 Abs. 3 ZPO). Als Antragsteller (eines gegenläufigen Verfahrens) wären ihm rechtliches Gehör in der Sache und eine Verfahrensbeteiligung garantiert und erstgenanntes insbesondere vor und nicht erst nach der Entscheidung des Gerichts über das Verfügungsgesuch. Die Privilegierungen des

⁸²⁸ Stein/Jonas/Roth, § 256, Rn. 1; Musielak/Foerste, § 256, Rn. 1.

⁸²⁹ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 688.

⁸³⁰ So auch Zöller/Greger, § 256, Rn. 2.

⁸³¹ Walker, Rn. 489.

Verfügungsverfahrens kämen ihm nicht erst im Widerspruchsverfahren zugute, sondern bevor eine möglicherweise mit irreparablen Auswirkungen verbundene Entscheidung zu seinen Lasten ergeht. Ein Antragsgegner könnte sich somit effektiv vor einer drohenden Schädigung bewahren, anstatt dass sich seine Verteidigungsmöglichkeiten darauf beschränken, den materiell-rechtswidrigen Vollstreckungstitel nachträglich zu beseitigen.

Entsprechend der Rechtslage in Hauptsacheverfahren tritt das Interesse an einer (vorläufigen) Klärung der Rechtslage hinzu. Dass in lauterkeitsrechtlichen Verfahren ein berechtigtes Interesse auch an einer nur vorläufigen Klärung der Rechtslage bestehen kann, folgt bereits aus der Tatsache, dass die Parteien oftmals kein Hauptsacheverfahren mehr durchführen, sondern die Entscheidung des Eilverfahrens akzeptieren⁸³². Oben wurde bereits festgestellt⁸³³, dass ein tatsächliches Bedürfnis der Parteien nach einer raschen Klärung der Rechtslage besteht, damit sich die Parteien auf diese einstellen können. Feststellungsverfügungen führen, wie alle Arten e.V.'en, zwar von Gesetzes wegen⁸³⁴ nicht zu letztverbindlichen Entscheidungen, die (prozessualen) Wirkungen dieser Entscheidungsform könnten jedoch der widerrechtlichen Durchsetzung gegenläufiger Unterlassungsbegehren entgegenstehen und dem Anspruchsgegner damit die Rechtssicherheit verschaffen, dass er einstweilig nicht widerrechtlich in seiner Geschäftstätigkeit behindert wird. Es stellt sich damit die Frage, welche Auswirkungen ein neg. Feststellungsverfügungsverfahren bzw. eine neg. Feststellungsverfügung des Anspruchsgegners auf gegenläufige Unterlassungsverfügungsgesuche hat.

cc.) Auswirkungen neg. Feststellungsverfügungsverfahren auf gegenläufige Unterlassungsverfügungen und Unterlassungsverfügungsverfahren

Die Auswirkungen verschiedener Verfügungsverfahren aufeinander richten sich nach den Regeln für das Erkenntnisverfahren von Eilverfahren. Dieser Verfahrensabschnitt zivilprozessualer Eilverfahren ist gesetzlich nur fragmentarisch explizit geregelt.⁸³⁵ Um diese Regelungsdefizite auszufüllen, sind nach ganz h.M. die zivilprozessualen Regelungen zum Erkenntnisverfahren von Hauptsacheverfahren auf die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entsprechend anzuwenden, sofern die Besonderheiten des einstweiligen Rechts-

⁸³² Siehe obige Ausführungen unter A.) V.) 4.), S. 38 ff.

⁸³³ Siehe bspw. die Ausführungen unter D.) III.) 2.) k.) bb.), S. 163 f.

⁸³⁴ Abhilfe könnte hier das Rechtsinstitut des Abschlussverfahrens leisten, siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

⁸³⁵ Siehe hierzu die Ausführungen unter C.) I.) 3.), S. 120 f.

schutzes einer Übertragung dieser Grundsätze nicht entgegenstehen.⁸³⁶ Dementsprechend gelten für Verfügungsverfahren grundsätzlich die gleichen Regeln wie für Klagen, und gleiche Konstellationen werden grundsätzlich der gleichen Lösung zugeführt.

Zu erörtern ist zunächst, welche Auswirkungen ein prioritär rechtshängiges Feststellungsverfahren auf gegenläufige Unterlassungsverfügungsverfahren hat, insbesondere ob es einen Anspruchsteller an der Erwirkung ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen hindern kann. In diesem Zusammenhang stellt sich die Folgefrage, ob zwischen Beschluss- und Urteilsverfahren zu differenzieren ist.

Hierzu wird nachfolgend zunächst die entsprechende Konstellation in Hauptsacheverfahren und deren rechtliche Bewertung in der Praxis erläutert. Sodann wird erörtert, ob diese Grundsätze auf das Verfügungsverfahren übertragbar sind, oder ob dessen Eigenheiten der Übertragbarkeit der Grundsätze entgegenstehen. Ggf. ist im Anschluss zu untersuchen, zu welchem Ergebnis die Übertragung dieser Grundsätze auf das Verfügungsverfahren führt bzw. inwiefern diese zu modifizieren sind, um den Besonderheiten des Verfügungsverfahrens zu entsprechen.

aaa.) Systematik des Rechtsschutzes in Hauptsacheverfahren

aaaa.) Rechtsschutzmöglichkeiten in Hauptsacheverfahren im Allgemeinen

Als Instrumente des Rechtsschutzes stehen in Hauptsacheverfahren Gestaltungs-, Leistungs- und FK'n zur Verfügung.⁸³⁷

Bei GK'n handelt es sich um eine Sonderform zivilprozessualen Rechtsschutzes.⁸³⁸ Sie sind nur in wenigen Fällen gesetzlich vorgesehen und damit statthaft.⁸³⁹ Es herrscht ein *numerus clausus* der Gestaltungsurteile.⁸⁴⁰ In den gesetzlich vorgesehenen Fällen tritt die erstrebte

⁸³⁶ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 567.

⁸³⁷ Jauernig/Hess, § 34, Rn. 1; Schellhammer, Rn. 25; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 71; Zöller/Greger, Vor § 253, Rn. 2 ff.; Wieczorek/Schütze/Assmann, Vor § 253, Rn. 2 ff.; Baltzer, S. 81; Lüke, JuS 1969, 301.

⁸³⁸ Schellhammer, Rn. 141.

⁸³⁹ BGH, Urteil vom 10.05.2010, II ZR 70/09, NJW 2010, 2343, 2344; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 91; Jauernig/Hess, § 34, Rn. 17 ff.; Lüke, JuS 1969, 301, 304.

⁸⁴⁰ Wieczorek/Schütze/Assmann, Vor § 253, Rn. 15; Zöller/Vollkommer, § 322, Rn. 3; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 91, m.w.N.

Rechtsänderung erst durch das Urteil ein⁸⁴¹, die gerichtliche Entscheidung ist damit Tatbestandsvoraussetzung der von dem Kläger erstrebten Rechtsänderung. Während GK'n konstitutiv eine Rechtslage begründen, zeichnen LK'n und FK'n eine bestehende Rechtslage lediglich deklaratorisch nach.⁸⁴² Auch entfalten GK'n im Gegensatz zu LK'n und FK'n ihre Wirkung nicht nur zwischen den Parteien, sondern gegenüber jedermann.⁸⁴³ Eine Vollstreckung des Urteils in der Sache ist weder erforderlich noch möglich.⁸⁴⁴ Gesetzlich vorgesehen sind GK'n insbesondere in Konstellationen, in denen einer Entscheidung besonders weitreichende, oftmals den Status einer Person betreffende Bedeutung zukommt und diesbezüglich keine Rechtsunsicherheit entstehen soll.⁸⁴⁵ Beispiele für GK'n bilden Klagen, die auf den Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis von Gesellschaftern einer OHG oder KG gemäß §§ 117, 127 bzw. 161 Abs. 2 i.V.m. 117, 127 HGB gerichtet sind, oder prozessuale GK'n wie die Vollstreckungsabwehr- (§ 767 ZPO) oder die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO).⁸⁴⁶

Sofern das Gesetz nicht ausnahmsweise eine GK vorsieht, wird Rechtsschutz durch LK'n oder FK'n gewährt. Bei der LK handelt es sich, nach dem gesetzlichen Leitbild, um den Prototyp der Rechtsschutzformen in Hauptsacheverfahren.⁸⁴⁷ Auch die vorliegend interessierenden Unterlassungsansprüche werden im Wege der LK durchgesetzt.⁸⁴⁸ Durch ein Leistungsurteil erlangt der Kläger eine sowohl hinsichtlich der Entscheidung in der Hauptsache als auch hinsichtlich der Kosten vollstreckungsfähige, aber auch vollstreckungsbedürftige Entscheidung, die es ihm ermöglicht, gesetzlich zugewiesene Ansprüche gegen den Willen des Schuldners durchzusetzen.⁸⁴⁹ Ein Feststellungsurteil ist einer Vollstreckung in der Sache hingegen nicht zugänglich.⁸⁵⁰ Dies wirkt sich insbesondere aus, wenn mit FK'n das Bestehen eigener Ansprüche festgestellt werden soll. Das durch § 256 Abs. 1 ZPO für FK'n eingeforderte besondere Zulässigkeitserfordernis des Feststellungsinteresses besteht

⁸⁴¹ Wieczorek/Schütze/Assmann, Vor § 253, Rn. 15; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 88.

⁸⁴² Wieczorek/Schütze/Assmann, Vor § 253, Rn. 14.

⁸⁴³ Zöller/Greger, Vor § 253, Rn. 8; Zöller/Vollkommer, § 322, Rn. 3; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 107.

⁸⁴⁴ Zöller/Greger, Vor § 253, Rn. 8.

⁸⁴⁵ Vgl. Lüke, JuS 1969, 301, 305; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 88.

⁸⁴⁶ Weitere Beispiele finden sich bei Jauernig/Hess, § 34, Rn. 19 ff.; Wieczorek/Schütze/Assmann, Vor § 253, Rn. 17 ff.

⁸⁴⁷ Vgl. Wieczorek/Schütze/Assmann, Vor § 253, Rn. 4; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 74; Schellhammer, Rn. 141 („gesetzlicher Normalfall“).

⁸⁴⁸ Wieczorek/Schütze/Assmann, Vor § 253, Rn. 8 (ausdrücklich zu § 8 UWG).

⁸⁴⁹ Vgl. Lüke, JuS 1969, 301 und 303; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 74.

⁸⁵⁰ Zöller/Greger, Vor § 253, Rn. 5; Lüke, JuS 1969, 301.

grundsätzlich nicht, wenn der Kläger die begehrte Leistung im Wege der LK geltend machen könnte.⁸⁵¹ Aus Gründen der Prozessökonomie sollen die Gerichte in diesem Fall nur einmal im Wege der LK in Anspruch genommen werden können, anstatt dass ein Kläger zunächst die Leistungsverpflichtung seines Gegners feststellen lässt, um dann in einem darauffolgenden Verfahren, aufgrund der Bindungswirkung des Feststellungsurteils (Präjudizialität materiell-rechtskräftiger Urteile⁸⁵²), die Leistung in vollstreckbarer Weise einzuklagen. Insoweit besteht ein Vorrangverhältnis von LK'n gegenüber FK'n.⁸⁵³ Im Lauterkeitsrecht, wie im gesamten gewerblichen Rechtsschutz, wird dieser Grundsatz in Bezug auf Schadensersatzansprüche⁸⁵⁴, partiell aber auch in Bezug auf Unterlassungsansprüche⁸⁵⁵ weitaus weniger strikt gehandhabt als dies ansonsten im Zivilrecht der Fall ist.⁸⁵⁶ Dem liegt zugrunde, dass die Parteien gerichtliche Feststellungsentscheidungen hier oftmals zum Anlass nehmen, um Streitigkeiten vollumfänglich außergerichtlich beizulegen.⁸⁵⁷ Geschieht dies bzw. ist dies zu erwarten (was insbesondere in Bezug auf Unterlassungsansprüche erforderlich ist), entfalten LK'n und (pos.) FK'n in gleichem Maße prozessökonomische Wirkungen. Ein Folgeprozess erübrigt sich jeweils. Damit entfällt der Grund für einen Vorrang der LK vor der (pos.) FK. Für einen Anspruchsgegner besteht ein solches Vorrangverhältnis naturgemäß nicht.

Die FK kann als Grundform gerichtlicher Entscheidungen bezeichnet werden.⁸⁵⁸ Allen Formen gerichtlichen Rechtsschutzes liegt ein Feststellungselement zugrunde⁸⁵⁹, auf dem ggf. ein weiterreichender Entscheidungssauspruch aufbaut. Das charakteristische Element von Leistungs- und Gestaltungsurteilen besteht in dem zusätzlichen Ausspruch einer Anordnung gegenüber dem Beklagten, die der Vollstreckung zugänglich ist (Leistungsurteil), bzw. eines rechtsgestaltenden Ausspruchs, der unmittelbar zu einer Änderung der

⁸⁵¹ Siehe *Lüke*, JuS 1969, 301, 304; Stein/Jonas/*Roth*, § 256, Rn. 64.

⁸⁵² Siehe hierzu Musielak/*Musielak*, § 322, Rn. 10; BGH, Urteil vom 14.02.2006, VI ZR 322/04, NJW-RR 2006, 712, 714, Tz. 15, m.w.N.

⁸⁵³ *Bacher* in BeckOK ZPO, § 256, Rn. 26.

⁸⁵⁴ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1271; BGH, Urteil vom 17.05.2001, I ZR 189/99, GRUR 2001, 1177, 1178 – *Feststellungsinteresse II*; Urteil vom 15.05.2003, I ZR 277/00, GRUR 2003, 900, 901 – *Feststellungsinteresse III*.

⁸⁵⁵ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1272; BGH, Urteil vom 11.01.2007, I ZR 87/04, GRUR 2007, 805, 806, Tz. 6, m.w.N. – *Irreführender Kontoauszug*.

⁸⁵⁶ Vgl. auch *Teplitzky*, GRUR 2007, 177, 183.

⁸⁵⁷ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1271; BGH, Urteil vom 15.05.2003, I ZR 277/00, GRUR 2003, 900, 901 – *Feststellungsinteresse III*.

⁸⁵⁸ Vgl. *Lüke*, JuS 1969, 301; *Baltzer*, S. 158.

⁸⁵⁹ *Schulte*, S. 63; *Baltzer*, S. 158.

Rechtslage führt (Gestaltungsurteil). Auch bei sämtlichen klagabweisenden Urteilen handelt es sich der Sache nach um Feststellungsurteile.⁸⁶⁰ Durch diese wird festgestellt, dass ein Klagebegehren unzulässig und/oder unbegründet ist.

bbbb.) Rechtsschutzmöglichkeiten des Anspruchsgegners

Potentiellen Anspruchsgegnern steht in Hauptsacheverfahren das Instrument der neg. FK zur Verfügung. Sofern das Verhalten des Anspruchstellers keine Gegenansprüche begründet oder der Anspruchsgegner ausschließlich die Feststellung begehrt, dass das gegnerische Begehren unbegründet ist, kann er zumindest gerichtlich feststellen lassen, dass das gegnerische Anspruchsbegehren unbegründet ist. Wie alle FK'n, setzt die neg. FK als besondere Prozessvoraussetzung ein Feststellungsinteresse voraus (§ 256 Abs. 1 ZPO). Die neg. FK eröffnet Anspruchsgegnern den Zugang zu den Gerichten und bietet ihnen die Möglichkeit, das Bestehen eines Anspruchs einer verbindlichen und endgültigen gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen und hierdurch Rechtssicherheit zu erlangen.⁸⁶¹ Im Übrigen ist die prozessuale Stellung des Klägers nach vorherrschender Rechtsansicht eher schwach ausgestaltet, insbesondere im Fall der Kollision einer neg. FK mit einer gegenläufigen LK.

bbb.) Folgen einer Kollision gegenläufiger Klagen

aaaa.) Rechtsprechung des BGH

Am unproblematischsten ist die Konstellation, dass die LK zeitlich vor der gegenläufigen neg. FK rechtshängig wird. Der Prioritätsgedanke⁸⁶² des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO kommt hier uneingeschränkt zur Anwendung. Während der Rechtshängigkeit der LK steht der gegenläufigen neg. FK das Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit entgegen.⁸⁶³ Der Streitgegenstand der LK umfasst den der neg. FK, da die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Anspruchs als „Minus“ in einer Klage auf Verurteilung zur Erfüllung dieses Anspruchs enthalten ist.⁸⁶⁴ Die Rechtshängigkeit endet mit dem Eintritt formeller

⁸⁶⁰ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 688.

⁸⁶¹ Vgl. *Baltzer*, S. 82 f., 155; *Borck*, WRP 1997, 265, 267.

⁸⁶² *MüKoZPO/Pabst*, § 2 FamFG, Rn. 18.

⁸⁶³ BGH, Urteil vom 20.01.1989, V ZR 173/87, NJW 1989, 2064; *Stein/Jonas/Roth*, § 261, Rn. 31; *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1197; *Lüke*, JuS 1969, 301.

⁸⁶⁴ Siehe die Nachweise unter Fn. 689.

Rechtskraft⁸⁶⁵, die den Eintritt materieller Rechtskraft zur Folge hat⁸⁶⁶. Ab diesem Zeitpunkt steht der neg. FK das Prozesshindernis anderweitiger rechtskräftiger Entscheidung entgegen.⁸⁶⁷ Im Ergebnis führt eine frühere rechtshängige LK dazu, dass ein Anspruchsgegner keine Möglichkeit mehr hat, eine zulässige neg. FK zu erheben.

Im Fall einer prioritär rechtshängigen neg. FK ist das Verhältnis zu gegenläufigen LK'n unproblematisch, wenn letztere erst zu einem Zeitpunkt erhoben werden, zu dem bereits rechtskräftig über die neg. FK entschieden wurde. Eine erfolgreiche LK ist nach der rechtskräftigen Entscheidung über die gegenläufige neg. FK nur möglich, wenn diese abgewiesen wurde. Da der Anspruchsteller durch diese Klagabweisung keinen Vollstreckungstitel erlangt, kann er weiterhin auf Leistung klagen. In diesem Fall kommt ihm die Präjudizialwirkung der materiell-rechtskräftigen Entscheidung über die Unbegründetheit der neg. FK zugute.⁸⁶⁸ Als kontradiktorisches Gegenteil der neg. FK wurde das Bestehen des Anspruchs durch die abweisende Entscheidung materiell-rechtskräftig festgestellt.⁸⁶⁹ Der Anspruchsteller bedarf in diesem Fall nur noch der Titulierung der bereits getroffenen Entscheidung in einer der Vollstreckung zugänglichen Form.

Am problematischsten ist die Konstellation, dass zunächst die neg. FK rechtshängig wird und der Anspruchsteller während der Rechtshängigkeit des Verfahrens eine gegenläufige LK erhebt. BGH und RG vertreten in ständiger Rechtsprechung⁸⁷⁰ die Ansicht, dass der Anspruchsteller durch die gegenläufige LK die Unzulässigkeit der neg. FK herbeiführen und hierdurch die Streitigkeit wieder an sich ziehen kann. Trotz des Bestandes dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Frage in Rechtsprechung⁸⁷¹ und Literatur nicht unumstritten⁸⁷². Eine solche prozessuale Möglichkeit hat absoluten Ausnahmecharakter im Zivilrecht. Es kann einer Partei in Zivilverfahren nur unter besonderen Umständen möglich

⁸⁶⁵ BGHZ 89, 121, 124, m.w.N.; Beschluss vom 01.02.1995, VIII ZB 53/94, NJW 1995, 1095, 1096, m.w.N.; *Reichold* in Thomas/Putzo, § 261, Rn. 9; *Wieczorek/Schütze/Assmann*, § 261, Rn. 46.

⁸⁶⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 935.

⁸⁶⁷ *Wieczorek/Schütze/Assmann*, § 261, Rn. 52; vgl. auch BGHZ 89, 121, 124.

⁸⁶⁸ BGH, Urteil vom 17.02.1983. III ZR 184/81, NJW 1983, 2032, m.w.N.; *Herrmann*, JR 1988, 376, 377.

⁸⁶⁹ Siehe die Nachweise in Fn. 937.

⁸⁷⁰ BGHZ 165, 305, 308 ff. – *Detektionseinrichtung I*, m.w.N.; 99, 340, 341 ff. – *Parallelverfahren*; Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846 – *Parallelverfahren II*; RGZ, 71, 68, 73; vgl. auch *jurisPK-UWG/Hess*, § 12, Rn. 101; *Tepitzky*, GRUR 2007, 177, 183.

⁸⁷¹ Siehe bspw. OLG Stuttgart, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, WRP 1992, 513, 516 (Vorinstanz zu BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846 – *Parallelverfahren II*).

⁸⁷² *Nirk/Kurtze*, Rn. 146; *Lüke*, JuS 1969, 301 f.; *Baltzer*, S. 39 ff., m.w.N.; *Herrmann*, JR 1988, 376 ff.

sein, durch eine einseitige Handlung (und damit auch gegen den Willen ihres Gegenübers) die Unzulässigkeit einer gegen sich gerichteten Klage herbeizuführen.

Nach Ansicht der Rechtsprechung steht der Zulässigkeit der LK nicht entgegen, dass in Bezug auf dasselbe Anspruchsbegehren bereits eine neg. FK rechtshängig ist. Das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) greife in diesem Verhältnis nicht ein, da der Streitgegenstand der prioritär erhobenen neg. FK und der Streitgegenstand der LK nicht identisch seien.⁸⁷³ Im deutschen Zivilverfahrensrecht gilt nach ganz h.A.⁸⁷⁴ der sog. zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff. Danach wird der Streitgegenstand durch den Klageantrag und den zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt definiert.⁸⁷⁵ Bei einer Kollision von Leistungs- und neg. FK sind die den Klagen zugrunde liegenden Lebenssachverhalte identisch, andernfalls läge bereits keine Kollision vor. Anlass für die Erhebung der neg. FK ist regelmäßig die außergerichtliche Leistungsaufforderung (Abmahnung) oder Berührung des Anspruchstellers. Dieses Verhalten begründet das erforderliche Feststellungsinteresse und bildet den Anlass zur Erhebung der neg. FK.⁸⁷⁶ In der Klageschrift wird auf dieses Leistungsbegehren Bezug genommen. Hinsichtlich des Lebenssachverhalts unterscheiden sich die Streitgegenstände beider Klagen nicht⁸⁷⁷, es entspricht vielmehr dem Sinn der neg. FK, gerichtlich klären zu lassen, dass aus diesem Lebenssachverhalt keine Ansprüche gegen den Anspruchsgegner resultieren. Die Anträge der Parteien unterscheiden sich insoweit, als der Anspruchsteller die Verurteilung zu einer Leistung anstrebt, während der Anspruchsgegner eine Feststellung begehrt. Das dem Leistungsbegehren immanente (pos.) Feststellungsbegehren ist auf das Bestehen des Anspruchs und damit auf das kontradiktorische Gegenteil der neg. FK gerichtet. Der über dieses immanente Feststellungsbegehren hinausgehende Antrag auf Verurteilung zur Erfüllung des festgestellten Anspruchs findet bei einer gegenläufigen neg.

⁸⁷³ BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 – *Parallelverfahren II*; Urteil vom 20.01.1989, V ZR 173/87, NJW 1989, 2064; Urteil vom 17.02.1983, III ZR 184/81, NJW 1983, 2032; Urteil vom 28.11.1961, I ZR 127/60, GRUR 1962, 360, 361 – *Trockenrasierer*; RGZ, 71, 68, 73; siehe auch *Schotthöfer*, WRP 1986, 14, 16 f.; *Bockholdt*, JA 2006, 406, m.w.N.; der EuGH, der im Anwendungsbereich der EuGVVO maßgeblich darauf abstellt, ob die Gegenstände zweier Klagen dazu führen, dass einander widersprechende Entscheidungen ergehen können, bezeichnet dies lediglich als Fall mangelnder „formaler Identität“ (Urteil vom 08.12.1987, C-144/86, NJW 1989, 665, 666, Tz. 17).

⁸⁷⁴ BGH, Beschluss vom 29.06.2006, III ZB 36/06, NJW-RR 2006, 1502, 1503, Rn. 8, m.w.N.; Musielak/*Musielak*, Einl., Rn. 69; FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1273.

⁸⁷⁵ BGH, Beschluss vom 29.06.2006, III ZB 36/06, NJW-RR 2006, 1502, 1503, Rn. 8, m.w.N.; FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1273; Musielak/*Musielak*, Einl., Rn. 69.

⁸⁷⁶ FA-GewRS/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1270.

⁸⁷⁷ So auch BGH, Beschluss vom 01.02.2011, KZR 8/10, GRUR 2011, 554, 556, Rn. 18 – *Trägermaterial für Kartenformulare*.

FK kein Gegenstück. Dieser weiterreichende Charakter von LK'n gegenüber neg. FK'n ist indes der Systematik des Rechtsschutzes geschuldet. Durch die Erhebung einer neg. FK nimmt ein Anspruchsgegner die weitreichendste Rechtsschutzmöglichkeit wahr, die ihm die Rechtsordnung zur Verfügung stellt. Aufgrund des verfahrensrechtlichen Privilegs könnte ein Anspruchsgegner dem Anspruchsteller nicht im Wege einer eigenen LK untersagen lassen, dass dieser ein (unberechtigtes) Begehren gerichtlich geltend macht.⁸⁷⁸ Gleichwohl und trotz der Priorität der neg. FK soll die LK deren Unzulässigkeit herbeiführen können, wenn die LK nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, was gemäß §§ 269 Abs. 1, 137 Abs. 1 ZPO durch das Stellen der Anträge in der mündlichen Verhandlung erfolgt, sofern die neg. FK in diesem Zeitpunkt⁸⁷⁹ noch nicht entscheidungsreif oder im Wesentlichen zur Entscheidungsreife fortgeschritten ist.⁸⁸⁰ Die Entscheidungsreife der neg. FK könne deren Zulässigkeit wiederum nicht aufrechterhalten, wenn die LK ebenfalls bereits entscheidungsreif ist.⁸⁸¹ Gelangt die LK in dieses Verfahrensstadium, habe dies den Wegfall des Feststellungsinteresses zur Folge⁸⁸², da dem Interesse an der Feststellung durch das gegenläufige Verfahren Rechnung getragen werde.⁸⁸³ Auf die Unzulässigkeit der neg. FK könne der Anspruchsgegner mit einer Erledigungserklärung reagieren, die ihn im Fall der ursprünglichen Zulässigkeit und Begründetheit vor der Kostenlast des Rechtsstreits bewahre.⁸⁸⁴ Für den Entfall des Feststellungsinteresses sei es nicht erforderlich, dass die LK vor dem bereits befassten Gericht (als Widerklage) erhoben wird.⁸⁸⁵ Das Interesse des Anspruchsgegners, diese Frage von dem Gericht seiner Wahl (§ 35 ZPO) klären zu lassen, erachtet der BGH nicht als gravierend genug, um einem Wegfall des Feststellungsinteresses entgegenstehen zu können.⁸⁸⁶

⁸⁷⁸ BGHZ 164, 1, 7 – *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*, siehe auch obige Ausführungen unter Abschnitt B.) I.) 3.) a.), S. 70 ff.

⁸⁷⁹ Später eintretende Entscheidungsreife der neg. FK ist irrelevant, siehe BGHZ 99, 340, 342 – *Parallelverfahren*.

⁸⁸⁰ BGHZ 165, 305, 309 – *Detektionseinrichtung I*, m.w.N.

⁸⁸¹ BGHZ 165, 305, 309 – *Detektionseinrichtung I*, m.w.N.

⁸⁸² BGHZ 99, 340, 342 – *Parallelverfahren*.

⁸⁸³ Vgl. RGZ 71, 68, 74: „Deshalb muß, nachdem der Beklagte des Feststellungsprozesses die Leistungsklage erhoben hat, die dem Entscheidungsinteresse beider Parteien in gleicher Weise entspricht, der negativen Feststellungsklage...“.

⁸⁸⁴ Vgl. BGHZ 99, 340, 343 – *Parallelverfahren*; siehe hierzu auch Herrmann, JR 1988, 376 f.

⁸⁸⁵ BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 – *Parallelverfahren II*, mit Nachweisen zur abweichenden Ansicht.

⁸⁸⁶ BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 – *Parallelverfahren II*.

Als Beweggründe für diese Beurteilung der Kollisionslage führt die Rechtsprechung insbesondere die Prozessökonomie⁸⁸⁷, das Interesse des Anspruchstellers an einer Möglichkeit zur Hemmung der Verjährung⁸⁸⁸ sowie an einer Möglichkeit der Titulierung des Anspruchs an, welche die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs im Wege der Vollstreckung ermöglicht⁸⁸⁹. Zugunsten des Anspruchsgegners wird berücksichtigt, dass er ein Interesse an einer endgültigen Klärung der Rechtslage hat und ihm die ZPO mit § 256 den entsprechenden Rechtsbehelf zur Verwirklichung des Begehrens zur Verfügung stellt. Das Interesse des Anspruchstellers an einer Möglichkeit zur Hemmung der Verjährung ist im Lauterkeitsrecht, aufgrund der besonders kurzen Verjährungsfrist lauterkeitsrechtlicher Ansprüche (§ 11 UWG)⁸⁹⁰, von besonderer Bedeutung und findet auch im Rahmen der vorliegend referierten Rechtsprechung maßgebliche Beachtung⁸⁹¹. Es wäre unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht akzeptabel, könnte ein Anspruchsteller den Anspruchsgegner durch prozessuale Mittel bis zum Verjährungseintritt an der Anspruchs-durchsetzung hindern. Der neg. FK eines Anspruchsgegners kommt nach h.M. keine verjährungshemmende Wirkung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu⁸⁹², selbiges gilt für die Verteidigung des Anspruchstellers gegen die neg. FK⁸⁹³.

bbbb.) Stellungnahme zur Rechtsprechung des BGH

Die Stellung eines Anspruchsgegners als Kläger einer neg. FK wurde durch die Rechtsprechung sehr schwach ausgestaltet. Es stellt einen absoluten Ausnahmefall dar, dass einem Beklagten das Recht zugebilligt wird, die Unzulässigkeit einer gegen ihn erhobenen Klage durch eine einseitige Handlung herbeizuführen.

Bis auf das zusätzliche Merkmal, dass der Anspruchsteller als Kläger über die Feststellung des Bestehens des Anspruchs hinaus den gerichtlichen Ausspruch der Leistungs-

⁸⁸⁷ BGHZ 99, 340, 324 – *Parallelverfahren*; Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 – *Parallelverfahren II*.

⁸⁸⁸ Siehe hierzu *Baltzer*, S. 161 ff., der sich für eine Verjährungsunterbrechung durch neg. FK'n ausspricht.

⁸⁸⁹ BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 – *Parallelverfahren II*.

⁸⁹⁰ Siehe obige Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 8.), S. 54 ff.

⁸⁹¹ BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 – *Parallelverfahren II*.

⁸⁹² Siehe die Nachweise in Fn. 246.

⁸⁹³ *Tepitzky*, Kap. 16, Rn. 39; *MüKoBGB/Grothe*, § 204, Rn. 7; *Henrich* in BeckOK BGB, § 204, Rn. 3; a.A. *Jauernig*, BGB, § 204, Rn. 3, bei substantiiertem Antrag auf Sachabweisung; OLG Schleswig, Urteil vom 26.02.1976, 7 U 218/74, NJW 1976, 970, 970 ff.

verpflichtung begehrt, unterscheiden sich die beiden Klagebegehren nicht.⁸⁹⁴ Die Tatsache, dass der Anspruchsteller das Bestehen des Anspruchs (als im Klagantrag enthaltenes Minus) und der Anspruchsgegner das Nichtbestehen des Anspruchs festgestellt wissen will, begründet keinen relevanten Unterschied; dieser Interessengegensatz resultiert aus der Natur eines Konflikts. Der nach der deutschen Rechtsprechung existierende Unterschied zwischen den Streitgegenständen beider Klagen ist daher geringfügig und systematisch begründet. Dies belegt auch die Tatsache, dass beide Urteile jeweils Rechtskraftwirkungen in Bezug auf das andere Verfahren entfalten.⁸⁹⁵ So führt die rechtskräftige Entscheidung über die neg. FK dazu, dass das Nichtbestehen des Anspruchs rechtskräftig festgestellt wird und diese Entscheidung auch zugunsten einer späteren LK präjudizielle Wirkung entfaltet.⁸⁹⁶ In diesem Fall schützt die Präjudizialwirkung den Anspruchsgegner nicht nur vor einer entgegengesetzten Feststellung, sondern in der Folge auch vor entgegengesetzten Vollstreckungstiteln und den damit verbundenen Eingriffen. Wird die LK zuerst erhoben, so begründet sie das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit zulasten einer neg. FK die auf denselben Anspruch gerichtet ist.⁸⁹⁷ In diesem Fall soll das Interesse des Anspruchsgegners an einer abschließenden Klärung der Streitigkeit, deren er sich solange nicht sicher sein kann, wie die Klage einseitig zurückgenommen werden kann (§§ 269 Abs. 1, 137 Abs. 1 ZPO), nicht relevant sein. In der entgegengesetzten Konstellation wird diesem Gesichtspunkt hingegen maßgebliche Bedeutung beigemessen. Die neg. FK scheitert bereits am Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit, ohne dass es auf das Feststellungsinteresse und auf die Möglichkeit der einseitigen Rücknahme der LK ankäme. Bei dieser Differenzierung stellt sich die Frage, ob es nicht konsequenter wäre, auch bei einer zuerst rechtshängigen neg. FK auf das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit abzustellen⁸⁹⁸ und die Streitgegenstände von LK und neg. FK als gleichwertig zu bewerten.⁸⁹⁹

Der Versuch, die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen durch das Zulässigkeits-erfordernis des Feststellungsinteresses zu vermeiden, widerspricht Sinn und Zweck dieses prozessualen Erfordernisses. Die Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen ist Aufgabe der Prozesshindernisse der anderweitigen Rechtshängigkeit und der entgegenstehenden

⁸⁹⁴ Vgl. *Lücke*, JuS 1969, 301 f.

⁸⁹⁵ RGZ 71, 68, 74; BGH, Urteil vom 21.03.1972, VI ZR 110/71, NJW 1972, 1043; Urteil vom 17.02.1983, III ZR 184/81, NJW 1983, 2032 f.

⁸⁹⁶ BGH, Urteil vom 17.02.1983, III ZR 184/81, NJW 1983, 2032 f.

⁸⁹⁷ Siehe die Nachweise unter Fn. 863.

⁸⁹⁸ So wohl auch *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1197 („prinzipwidrig“).

⁸⁹⁹ So auch *Herrmann*, JR 1988, 376, 377 f.

Rechtskraft⁹⁰⁰, die auch verhindern, dass sich gegenläufige Verfahren partiell überschneiden. Allerdings stellen diese Prozesshindernisse maßgeblich auf die Priorität von Klagen ab und obiges Ergebnis steht diesem Prioritätsgedanken diametral entgegen.

Dem Erfordernis einer Möglichkeit des Anspruchstellers zur Verjährungsunterbrechung könnte bei einem Vorrang der prioritären Klage dadurch Rechnung getragen werden, dass man dem Anspruchsgegner für einen Vorrang seines Rechtsinstruments einen zeitweiligen Verjährungsverzicht abverlangt oder die Verjährung solange als gehemmt ansieht, wie der Anspruchsteller aus Rechtsgründen an der Anspruchsdurchsetzung gehindert war.

Zwar vermeidet auch die Lösung der deutschen Rechtsprechung, dass es in der Sache zu divergierenden Ergebnissen kommen kann, diese hat indes auch zur Folge, dass eines der beiden Verfahren letztlich ohne Nutzen durchgeführt wird, da sich zwei Gerichte mit der Streitigkeit zu befassen haben, aber nur eines eine Sachentscheidung treffen darf. Eine in prozessökonomischer Hinsicht nachteilige Folge, die durch das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit ausgeschlossen werden soll.⁹⁰¹ Während sich nach der Lösung der Rspr. zwingend zwei Gerichte mit der Streitigkeit zu befassen haben, kann ein zweites Verfahren bei einem Vorrang einer neg. FK vor einer gegenläufigen LK nur erforderlich werden, falls die neg. FK abgewiesen wird.⁹⁰² Selbst wenn die neg. FK abgewiesen wird, dürfte ein Zweitverfahren aber tatsächlich selten erforderlich werden. Die Abweisung der neg. FK wirkt wie die pos. Feststellung des Bestehens des Unterlassungsanspruchs. Gerade in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten nimmt die Rspr. jedoch an, dass selbst bei Unterlassungsstreitigkeiten ein (pos.) Feststellungsurteil anstatt eines Leistungsurteils oftmals ausreicht, da sich die Parteien an dieser gerichtlichen Feststellung ausrichten werden und es daher keines Vollstreckungsdrucks bedarf.⁹⁰³

Entgegen der Ansicht der Rechtsprechung ist deren Lösung auch nicht prozessökonomisch.⁹⁰⁴ Für die ursprüngliche Klage auf Feststellung ergeben sich folgende Konsequenzen: Der Wegfall des Feststellungsinteresses führt zur Unzulässigkeit der Klage und stellt damit ein erledigendes Ereignis dar.⁹⁰⁵ Sofern der Kläger nicht auf das erledigende

⁹⁰⁰ Siehe die Nachweise unter Fn. 929 und 930.

⁹⁰¹ Wieczorek/Schütze/Assmann, § 261, Rn. 70; Stein/Jonas/Roth, § 261, Rn. 1.

⁹⁰² Vgl. Baltzer, S. 155; OLG Stuttgart, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, WRP 1992, 513, 516.

⁹⁰³ Siehe hierzu obige Nachweise unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) aaa.) aaaa.), S. 186 f.

⁹⁰⁴ Herrmann, JR 1988, 376, 377 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, WRP 1992, 513, 516.

⁹⁰⁵ Vgl. Bernreuther, WRP 2010, 1191, 1198; Herrmann, JR 1988, 376.

Ereignis reagiert und weiterhin an seinem Feststellungsantrag festhält, wird die Klage vollumfänglich als unzulässig abgewiesen und der Kläger hat gemäß § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Dem Kläger ist in dieser Situation anzuraten, den Rechtsstreit für erledigt zu erklären.⁹⁰⁶ Die Folgen dieser Erledigterklärung richten sich nach dem Verhalten des Beklagten. Schließt sich der Beklagte der Erklärung an und erklärt den Rechtsstreit ebenfalls für erledigt oder widerspricht er der Erklärung nicht binnen einer Notfrist von zwei Wochen, so ergeht keine Hauptsacheentscheidung mehr, sondern lediglich eine Entscheidung im Beschlussweg über die Verpflichtung zur Kostentragung nach § 91a ZPO.⁹⁰⁷ Das Gericht entscheidet hierbei nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes. Widerspricht der Beklagte der Erledigungserklärung, hat dies nach herrschender Ansicht eine Klageänderung zur Folge.⁹⁰⁸ Die Erledigterklärung des Klägers bewirkt eine Änderung des Klagebegehrens dahingehend, dass er nunmehr die Feststellung begehrt, dass seine Klage vor Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war.⁹⁰⁹ Es ergeht ein „normales“ Feststellungsurteil, das die Frage der ursprünglichen Zulässigkeit und Begründetheit zum Gegenstand hat. Die Gefahr divergierender Entscheidungen wird nur insofern beseitigt, als über den negativen Feststellungsrechtsstreit nicht mehr in der Sache entschieden wird und entschieden werden darf. Bei der einseitigen Erledigungserklärung bleibt die Gefahr, dass das befassende Gericht ausdrücklich feststellt⁹¹⁰, dass die Klage ursprünglich zulässig und begründet war und das sekundär befassende Gericht den Anspruchsgegner zur Unterlassung verurteilt.⁹¹¹ Divergierende Entscheidungen ergeben sich auch dann, wenn beide Gerichte die Klagen abweisen. Bei der beidseitigen Erledigterklärung verbleibt als Streitgegenstand lediglich die Pflicht zur Kostentragung, wobei § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO ausdrücklich vorsieht, dass der bisherige Sach- und Streitstand bei der Entscheidung über die Kostentragung zu berücksichtigen ist, weshalb auch hier divergierende Gerichtsentscheidungen ergehen können.⁹¹² Einerseits können dem Anspruchsteller die Kosten des Feststellungsrechtsstreits mit der ausdrücklichen Begründung auferlegt werden, dass die Klage begründet war, weil der

⁹⁰⁶ So auch BGHZ 99, 340, 343 – *Parallelverfahren*.

⁹⁰⁷ *Herrmann*, JR 1988, 376 f.

⁹⁰⁸ BGH, Urteil vom 07.06.2001, I ZR 157/98, NJW 2002, 442; Beschluss vom 26.05.1994, I ZB 4/94, NJW 1994, 2363; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, § 91a, Rn. 37; *Hausherr* in Prütting/Gehrlein, § 91a, Rn. 46.

⁹⁰⁹ *Herrmann*, JR 1988, 376, 377.

⁹¹⁰ Wenn auch nicht im Tenor, so doch in den Entscheidungsgründen.

⁹¹¹ *Herrmann*, JR 1988, 376, 377; OLG Stuttgart, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, WRP 1992, 513, 516.

⁹¹² *Herrmann*, JR 1988, 376 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, WRP 1992, 513, 516.

geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht besteht, und er kann als Kläger in dem zweiten Rechtsstreit obsiegen. Andererseits kann der Anspruchsgegner im Unterlassungsrechtsstreit obsiegen und ihm können die Kosten des Feststellungsrechtsstreits mit der Begründung auferlegt werden, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht. Da der prioritäre negative Feststellungsrechtsstreit in anderer Gestalt entschieden wird, wird nicht die Gefahr divergierender Gerichtsentscheidungen, sondern lediglich die Gefahr divergierender Tenorierungen beseitigt.

Praktisch hat diese Rechtsprechung zur Folge, dass die Prozessergebnisse des Ausgangsrechtsstreits unverwertbar und die Investitionen der Beteiligten (inklusive des Gerichts) nutzlos werden. Die von der Rspr. postulierte Erledigungswirkung führt zu einer Beendigung des Prozesses, ohne ein inhaltliches Ergebnis und eine Beilegung der Streitigkeit bewirken zu können. Zudem ermöglicht sie inhaltlich divergierende Entscheidungen. Auch hat sie stets zur Folge, dass sich ein zweites Gericht mit der Rechtsstreitigkeit befassen muss, das die bisherigen Prozessergebnisse nicht berücksichtigen kann.

Diese Auswirkungen können schwerlich als prozessökonomisch bezeichnet werden.⁹¹³

ccc.) Widerspruch der deutschen Lösung der Kollisionsproblematik zur Rechtsprechung des EuGH im Anwendungsbereich der EuGVVO

Im Anwendungsbereich der EuGVVO⁹¹⁴ wird die Problematik der Kollision einer prioritär erhobenen neg. FK mit einer korrespondierenden LK der entgegengesetzten Lösung zugeführt.⁹¹⁵ Gemäß Art. 27 EuGVVO gilt im Anwendungsbereich der EuGVVO⁹¹⁶ ein strenger Prioritätsgrundsatz für das Verhältnis divergierender Klagen.⁹¹⁷ Gemäß Erwägungsgrund 15 der Verordnung dient dies unter anderem dem Zweck einer klaren und wirksamen Regelung der Klärung von Fragen der Rechtshängigkeit und von im Zusammenhang stehenden Verfahren. Nach der Rechtsprechung des EuGH führt eine

⁹¹³ Siehe auch OLG Stuttgart, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, WRP 1992, 513, 516.

⁹¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 12 vom 16.1.2001, S. 1) i.d.F. der ÄndVO (EU) 156/2012 vom 22.02.2012 (ABl. L 50 vom 23.2.2012, S. 3).

⁹¹⁵ Vgl. FA-GewRs/*Retzer*, Kap. 6, Rn. 1127; *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1198; *Reichold* in Thomas/Putzo, § 261, Rn. 15.

⁹¹⁶ Siehe hierzu Art. 1 EuGVVO.

⁹¹⁷ Siehe *Hübtege* in Thomas/Putzo, Vorbemerkung zu Art. 27-30 EuGVVO, Rn. 3; sowie Art. 29 EuGVVO; ebenso *Pitz*, GRUR Int. 2001, 32, 35 (zur Vorgängervorschrift Art. 21 EuGVÜ).

prioritär erhobene neg. FK dazu, dass eine korrespondierende LK für die Dauer der Anhängigkeit des Feststellungsverfahrens nicht zulässig ist.⁹¹⁸

Dieser Unterschied beruht auf der unterschiedlichen Auffassung der europäischen Gerichte über den Gegenstand eines Rechtsstreits. Die europäischen Gerichte fassen den Gegenstand eines Rechtsstreits wesentlich weiter als die deutsche Gerichtsbarkeit.⁹¹⁹ Anstatt wie bei dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff auf Antrag und Lebenssachverhalt abzustellen, ziehen die europäischen Gerichte die sog. „Kerntheorie“ zur Bestimmung des Gegenstands eines Rechtsstreits heran.⁹²⁰ Danach ist maßgeblich, ob der Kernpunkt zweier Verfahren der Gleiche ist.⁹²¹ Nach diesem Maßstab deckt sich der Gegenstand einer prioritär erhobenen neg. FK und der korrespondierenden LK, was zur Folge hat, dass der bereits anhängige Feststellungsrechtsstreit dem später initiierten Rechtsstreit entgegensteht.⁹²² Durch diesen abweichenden Maßstab wird berücksichtigt, dass der Gegenstand beider Klagen nahezu identisch ist. Dies hat eine Sperrwirkung einer prioritär erhobenen neg. FK gegenüber einem nachfolgenden Leistungsbegehren des Anspruchstellers zur Folge. Vorteilhaft an diesem Verständnis des Streitgegenstandsbegriffs ist einerseits, dass es zu eindeutigen Ergebnissen führt und Rechtsunsicherheit vermeidet. Andererseits, dass von vorneherein vermieden wird, dass zwei Klagen, welche die identische Streitigkeit betreffen, parallel anhängig sind. Durch das ausschließliche Kriterium der Priorität ist für jeden Beteiligten zweifelsfrei feststellbar, welche Klage zur Entscheidung kommt und welche Klage aufgrund anderweitiger Rechtshängigkeit keine Erfolgsaussicht hat. Das Kriterium lässt keinen Raum für Unsicherheit und bietet Gerichten und Parteien damit eine Möglichkeit der rechtssicheren Bewältigung der Problematik. Zudem soll es der Chancengleichheit zwischen den Parteien dienen, dass sowohl Anspruchsteller als auch Anspruchsgegner die Möglichkeit haben, durch eine prioritäre Klage das Gericht ihrer Wahl mit der Entscheidung zu befassen.⁹²³ Nach der Lösung der deutschen Rechtsprechung sind mehrere Zeitpunkte maßgeblich, deren Eintritt von den Parteien und den einzelnen Richtern

⁹¹⁸ EuGH, Urteil vom 06.12.1994, C-406/92, NJW 1995, 1883, Tz. 37 ff.; vgl. auch Urteil vom 08.12.1987, C-144/86, NJW 1989, 665, 666, Tz. 14 ff. (jeweils zur Vorgängervorschrift Art. 21 EuGVÜ).

⁹¹⁹ Wieczorek/Schütze, Anh. zu § 261, Rn. 21 und 18; Stein/Jonas/Roth, § 261, Rn. 50; vor § 253, Rn. 44; Teplitzky, GRUR 1997, 691, 696; vgl. BGH, Urteil vom 08.02.1995, VIII ZR 14/94, NJW 1995, 1758, 1758 f.

⁹²⁰ Vgl. BGHZ 134, 201, 210 – *Rechtshängigkeit nach EuGVÜ*.

⁹²¹ Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 44; § 261, Rn. 50; Wieczorek/Schütze, Anh. zu § 261, Rn. 21 und 18.

⁹²² Leitzen, GRUR Int. 2004, 1010, 1012.

⁹²³ BGHZ 134, 201, 211 – *Rechtshängigkeit nach EuGVÜ*.

vorab kaum prognostizierbar ist und auf die sich die Beteiligten somit nur schwer oder gar nicht einstellen können.

Im Anwendungsbereich der EuGVVO dürfen auch deutsche Gerichte die Vorranglösung der Rechtsprechung nicht anwenden. Das heißt, ein deutsches Gericht hat eine prioritäre neg. FK auch dann als zulässig zu behandeln, wenn nach nationalem Verfahrensrecht die gegenläufige LK Vorrang genießt.⁹²⁴ Eine Übernahme der konsequenten Prioritätslösung der EuGVVO wäre damit auch förderlich für eine einheitliche Handhabung von grenzüberschreitenden und rein nationalen Rechtsstreitigkeiten.

Der wichtigste Gesichtspunkt, der zulasten der Lösung der EuGVVO angeführt wird, ist die sog. Torpedo-Problematik. Mit diesem Begriff wird ein prozesstaktisches Vorgehen bezeichnet, bei dem ein potentieller Anspruchsgegner eine neg. FK vor den Gerichten eines Vertragsstaats einreicht, die für besonders lange Verfahrensdauern bekannt sind.⁹²⁵ Aufgrund anderweitiger Rechtshängigkeit ist es einem Anspruchsteller verwehrt, etwaige Ansprüche vor einem anderen Gericht durchzusetzen. Der Anspruchsgegner ist somit ab dem Zeitpunkt der Anhängigkeit des neg. Feststellungsrechtsstreits vor der Durchsetzung etwaiger Ansprüche geschützt. In Deutschland wären lange Verzögerungen bei einer Übernahme dieser Lösung indes nicht zu befürchten. Die Unterschiede in den Verfahrensdauern der verschiedenen deutschen Gerichte sind wesentlich geringer als die Unterschiede der Verfahrensdauern zwischen den verschiedenen europäischen Staaten.⁹²⁶ Durch Eilverfahren wären naturgemäß allenfalls kurzzeitige Verzögerungen zu befürchten.

ddd.) Übertragbarkeit der Grundsätze der Rechtsprechung für das Verhältnis von Leistungsbegehren zu gegenläufigen neg. Feststellungsbegehren in Hauptsacheverfahren auf Verfügungsverfahren

Für die Bewertung der Auswirkungen neg. Feststellungsverfügungsverfahren auf gegenläufige Unterlassungsverfügungen bzw. Unterlassungsverfügungsverfahren stellt sich die Frage, ob die Grundsätze der Rechtsprechung für das Verhältnis von Leistungsbegehren zu gegenläufigen neg. Feststellungsbegehren in Hauptsacheverfahren entsprechend auf Verfügungsverfahren anwendbar sind. Oben wurde bereits dargelegt, dass die zivil-

⁹²⁴ BGHZ 134, 201, 208 ff. – *Rechtshängigkeit nach EuGVÜ*.

⁹²⁵ Siehe *Pitz*, GRUR Int. 2001, 32 ff.; *Leitzen*, GRUR Int. 2004, 1010, 1011.

⁹²⁶ Vgl. auch *Leitzen*, GRUR Int. 2004, 1010, 1011 f., zu den Verbesserungen der Rechtsschutzsysteme in den für Torpedoklagen besonders beliebten Ländern Belgien und Italien, die zu einer Verringerung des Problems geführt haben.

prozessualen Vorschriften für Hauptsacheverfahren auf Verfügungsverfahren dem Grundsatz nach entsprechend anwendbar sind, sofern die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes keine abweichende Beurteilung rechtfertigen.⁹²⁷

Im Rahmen der Prüfung, ob diese Grundsätze auf Verfügungsverfahren entsprechend anzuwenden sind, ist wie bei Hauptsacheverfahren zwischen den verschiedenen Konstellationen zu differenzieren, wobei der Unterschied zwischen Hauptsache- und Verfügungsverfahren zu berücksichtigen ist, dass Streitigkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes in Beschluss- oder Urteilsverfahren ausgetragen werden können und lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche überwiegend in Beschlussverfahren durchgesetzt werden⁹²⁸.

aaaa.) Bedeutung der Rechtsinstitute der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft

Für die Frage der Auswirkungen von Verfügungsverfahren und e.V.'en auf gegenläufige Unterlassungsverfügungsverfahren ist insbesondere die Frage des Streitgegenstands von e.V.'en und der Anwendbarkeit der Rechtsinstitute der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft relevant. Beide Rechtsinstitute dienen dem Zweck, eine Mehrfachbefassung von Gerichten mit derselben Streitigkeit zu verhindern und widersprechende Gerichtsentscheidungen in derselben Angelegenheit auszuschließen.⁹²⁹ Aufgrund ihrer Eigenschaft als negative Prozessvoraussetzungen können diese Rechtsinstitute anderen gerichtlichen Verfahren entgegenstehen.⁹³⁰ Sie entfalten insoweit eine Sperrwirkung, die sich bei dem Rechtsinstitut der Rechtshängigkeit aus § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ergibt und hier als Rechtshängigkeitssperre bezeichnet wird. Die Sperrwirkung des Rechtsinstituts der Rechtskraft, das unter anderem in §§ 705 und 322 ZPO geregelt ist, wird auch als Rechtskrafteinwand oder anderweitige rechtskräftige Entscheidung bezeichnet. Sie ist gesetzlich nicht normiert und resultiert nach h.M. aus dem ne bis in idem-Grundsatz⁹³¹. Das Zusammenwirken der

⁹²⁷ Siehe obige Ausführungen unter den Abschnitten C.) I.) 3.), S. 120 f. und D.) IV.) 1.) c.) cc.), S. 184 f.

⁹²⁸ Siehe die Nachweise unter Fn. 20.

⁹²⁹ Walker, Rn. 154 und 194 ff., m.w.N.; BGH, Urteil vom 09.10.1985, IVb ZR 36/84, NJW 1986, 662, 663; OLG München, Beschluss vom 02.04.1964, VA 1/64, NJW 1964, 979, 981.

⁹³⁰ Vgl. diesbezüglich auch Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 1; Stürner, ZZZ 125 (2012), 3, 16; Zöller/Vollkommer, Vor § 322, Rn. 19 und 21; Walker, Rn. 154 und 196 ff.; BGH, Urteil vom 10.10.1985, I ZR 1/83, NJW 1986, 2195WM 1986, 115; Urteil vom 17.02.1983, III ZR 184/81, NJW 1983, 2032; Wieczorek/Schütze/Büscher, § 322, Rn. 52 ff.; Stein/Jonas/Leipold, § 322, Rn. 186; Stein/Jonas/Roth, § 261, Rn. 1; vgl. auch KG, Urteil vom 07.07.1978, 4 U 1707/78, MDR 1979, 64; OLG Köln, Beschluss vom 05.07.2005, 15 U 57/05, GRUR-RR 2005, 363, 364 – *Verdeckte Tatsachenbehauptung*.

⁹³¹ BGH, Urteil vom 28.06.1985, V ZR 43/84, NJW 1985, 2825; Urteil vom 30.04.1985, VI ZR 110/83,

Rechtsinstitute in ihren gemeinsamen Zielsetzungen spiegelt sich in ihrer zeitlichen Geltung wider. Beide Rechtsinstitute gehen nach dem gesetzlichen Leitbild zeitlich ineinander über.⁹³² Die Rechtshängigkeit dient dem Schutz eines prozessualen Verfahrens und endet grundsätzlich⁹³³ mit dessen Beendigung.⁹³⁴ Die Rechtskraft dient dem Schutz gerichtlicher Entscheidungen und beginnt mit dem Zeitpunkt der Rechtsbeständigkeit. Dementsprechend endet die Rechtshängigkeit im Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft⁹³⁵, während die materielle Rechtskraft ab demselben Moment ihre Wirkungen entfaltet.⁹³⁶ In vorliegendem Zusammenhang ist zudem von Relevanz, dass sich die Prozesshindernisse stets auch auf das kontradiktorische Gegenteil beziehen, und damit auch auf entgegengesetzte Gesuche der gegnerischen Partei.⁹³⁷ Sofern Entscheidungen aufgrund eines unterschiedlichen Streitgegenstandes gegenüber anderen Verfahren nicht das Prozesshindernis der anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung begründen, kann die in Rechtskraft erwachsene Entscheidung Bindungswirkung im Rahmen eines nachfolgenden Verfahrens entfalten (sog. Präjudizialität materiell-rechtskräftiger Entscheidungen), sofern die entschiedene Rechtsfrage vorgreiflich für den Gegenstand des Zweitverfahrens ist.⁹³⁸

Die Anwendbarkeit des Rechtsinstituts der Rechtshängigkeit, und damit auch des daraus resultierenden Prozesshindernisses der anderweitigen Rechtshängigkeit, ist für Verfügungsverfahren anerkannt.⁹³⁹ Bezüglich des Verhältnisses der Streitgegenstände von LK und neg.

NJW-RR 1986, 22; Zöller/*Vollkommer*, Vor § 322, Rn. 19 und 21, m.w.N.; *Walker*, Rn. 194.

⁹³² Wieczorek/Schütze/*Assmann*, § 261, Rn. 52.

⁹³³ So der gesetzliche Normalfall. Die Möglichkeit der Rücknahme und die Dispositionsmaxime belassen den Parteien allerdings stets auch die Möglichkeit, einen Rechtsstreit einer einvernehmlichen Lösung zuzuführen und das Verfahren nicht durch ein streitiges Urteil enden zu lassen.

⁹³⁴ BGH, Beschluss vom 01.02.1995, VIII ZB 53/94, NJW 1995, 1095, 1096; Wieczorek/Schütze/*Assmann*, § 261, Rn. 46.

⁹³⁵ BGH, Beschluss vom 01.02.1995, VIII ZB 53/94, NJW 1995, 1095, 1096; BGHZ 89, 121, 124; Wieczorek/Schütze/*Thümmel*, Vor § 916, Rn. 16; Zöller/*Greger*, § 261, Rn. 7; *Reichold* in Thomas/Putzo, § 261, Rn. 9; Stein/Jonas/*Roth*, § 261, Rn. 46, m.w.N.

⁹³⁶ Wieczorek/Schütze/*Assmann*, § 261, Rn. 52; *Reichold* in Thomas/Putzo, § 322, Rn. 1.

⁹³⁷ BGHZ 123, 137, 139 f.; Urteil vom 17.03.1995, V ZR 178/93, NJW 1995, 1757; Urteil vom 17.02.1983, III ZR 184/81, NJW 1983, 2032, 2033; Urteil vom 26.06.2003, I ZR 269/00, NJW 2003, 3058, 3059, m.w.N.; Zöller/*Vollkommer*, Vor § 322, Rn. 21; *Reichold* in Thomas/Putzo, § 322, Rn. 11.

⁹³⁸ BGH, Urteil vom 16.01.2008, XII ZR 216/05, NJW 2008, 1227, 1228 f., Tz. 22 f., m.w.N.; Urteil vom 17.02.1983, III ZR 184/81, NJW 1983, 2032 f.; Urteil vom 26.06.2003, I ZR 269/00, NJW 2003, 3058, 3059, m.w.N.; Zöller/*Vollkommer*, Vor § 322, Rn. 19 und 21, m.w.N.

⁹³⁹ Ahrens/*Ahrens*, Kap. 55, Rn. 12, m.w.N.; *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 1, m.w.N.; MÜKoZPO/*Drescher*, Vor §§ 916 ff., Rn. 16 f.; Wieczorek/Schütze/*Thümmel*, Vor § 916, Rn. 15; Schuschke/*Walker*, Vor § 916-945, Rn. 22; *Ganslmayer*, S. 44; Dunkl/Moeller/*Baur/Feldmeier*, Abschnitt H, Rn. 323, m.w.N.; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 10 ff.; *Walker*, Rn. 154 ff.; *Ostler*, MDR 1968, 713, 715; Stein/Jonas/*Grunsky*, vor § 916, Rn. 11, der ausdrücklich anführt, dass die für

FK sowie Unterlassungsverfügung und neg. Feststellungsverfügung ergeben sich keine Unterschiede. Zwar unterscheiden sich die Streitgegenstände von Hauptsache- und Verfügungsverfahren⁹⁴⁰, im jeweiligen Verhältnis von Leistungs- und gegenläufigem neg. Feststellungsbegehren wirken sich diese Unterschiede indes nicht aus. Die charakteristischen Eigenheiten der Verfahrensart sind den sich gegenüberstehenden Begehren jeweils gleichermaßen immanent.

Dies vorausgeschickt stellt sich die Frage, ob das von der Rspr. vorgesehene Vorrangverhältnis von LK'n gegenüber neg. FK'n ebenso im Verhältnis von Unterlassungsverfügungen zu neg. Feststellungsverfügungen gilt, oder ob die Unterschiede zwischen den Verfahrensarten eine abweichende Bewertung des Verhältnisses rechtfertigen.

bbbb.) Vergleichbarkeit der Interessenlagen zwischen Hauptsache- und Verfügungsverfahren

Gegen die Übertragbarkeit der Grundsätze zum Vorrang von LK'n gegenüber gegenläufigen neg. FK'n spricht die unterschiedliche Ausgestaltung der Verfahrensarten.

Das Interesse des Anspruchstellers eines Unterlassungsverfahrens unterscheidet sich nicht maßgeblich von dem des Klägers eines Unterlassungsrechtsstreits. Er begehrt jeweils die (möglichst zügige) Durchsetzung des von ihm geltend gemachten Unterlassungsanspruchs, in Hauptsacheverfahren die endgültige, in Verfügungsverfahren die vorläufige Durchsetzung.⁹⁴¹ Zudem ist er auf eine Möglichkeit zur Hemmung der Verjährung des von ihm geltend gemachten Anspruchs angewiesen. Die besonders kurze Verjährungsfrist lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche⁹⁴² verleiht diesem Bedürfnis eine besondere Qualität. Es wäre nicht zu rechtfertigen, wenn die Durchsetzung eines Anspruchs infolge Verjährungseintritts durch ein einseitiges Verhalten des potentiellen Anspruchsgegners dauerhaft verhindert werden könnte. Eine solche Folge würde den Justizgewährleistungsanspruch des Anspruchstellers evident verletzen. Diesem muss die Rechtsordnung eine Möglichkeit zur Verfügung stellen, um einen materiell-rechtlichen Anspruch vor

das Hauptsacheverfahren maßgeblichen Erwägungen, dass eine Mehrfachbelastung der Gerichte und die Gefahr widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen sein sollen, auch in Verfügungsverfahren Geltung beanspruchen; *ders.*, JuS 1976, 277, 280.

⁹⁴⁰ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 240.

⁹⁴¹ Stein/Jonas/*Grunsky*, vor § 935, Rn. 36, m.w.N.; *Walker*, Rn. 143, m.w.N.; *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, Vor § 916, Rn. 13.

⁹⁴² Siehe diesbezüglich Abschnitt A.) V.) 8.), S. 54 ff.

Verjährungseintritt prozessual durchsetzen zu können. Aufgrund des Charakters der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügung als Befriedigungsverfügung und der Möglichkeit der Verjährungshemmung durch Klage- und Verfügungsverfahren⁹⁴³ kann der Anspruchsteller die Anspruchsdurchsetzung und die Verjährungshemmung auf beiden Wegen erreichen. Seit der Modifizierung des Verjährungsrechts durch die Schuldrechtsreform im Jahr 2002 sind beide Verfahrensarten gleichermaßen geeignet (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 9 BGB).⁹⁴⁴ Für das Verfügungsverfahren ist damit zu beachten, dass einem Anspruchsteller, der die Verjährung nicht durch ein Verfügungsgesuch hemmen kann, als Alternative die Möglichkeit der Klageerhebung verbleibt, durch die der Eintritt der Verjährung verhindert werden kann. Diese Möglichkeit kann dem Anspruchsteller nach der ständigen Rspr. zum Vorrang von LK'n vor neg. FK'n nicht genommen werden. Ein anhängiges Verfügungsverfahren steht einem Hauptsacheverfahren nicht entgegen, da beide Verfahren unterschiedliche Streitgegenstände betreffen.⁹⁴⁵ Dem Anspruchsteller kann es zwar aufgrund des zusätzlichen Erfordernisses des Verfügungsgrundes an der Möglichkeit mangeln, sein Begehren im Wege der Unterlassungsverfügung geltend zu machen, ihm verbleibt indes stets die Alternative der Erhebung einer Unterlassungsklage zur Verjährungshemmung, bei der kein dem Verfügungsgrund entsprechendes Erfordernis besteht. Da eine Möglichkeit zur Verjährungshemmung somit auch gewährleistet wäre, wenn einer Unterlassungsverfügung kein Vorrang vor einer neg. Feststellungsverfügung zukäme, kann dem Gesichtspunkt keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Insofern unterscheidet sich die Interessenlage von der Konstellation zweier kollidierender Klagen, bei der die Rechtsprechung LK'n, aufgrund dieser Möglichkeit, Vorrang vor prioritär erhobenen neg. FK'n einräumt.

Auch im Übrigen ist die Interessenlage, die von der Rechtsprechung für einen Vorrang von LK'n gegenüber neg. FK'n angeführt wird, nicht mit der einer entsprechenden Konstellation im einstweiligen Rechtsschutz vergleichbar. Der Anspruchsgegner begehrt als Kläger einer neg. FK die endgültige Klärung der Rechtslage und die Verteidigung gegen das fremde Anspruchsbegehren.⁹⁴⁶ Beide Ziele kann er auch nach dem von der Rechtsprechung postulierten Wegfall des Feststellungsinteresses und in umgekehrter Parteirolle als Beklagter eines Unterlassungsrechtsstreits erreichen. In Verfügungsverfahren kann eine endgültige Klärung der Rechtslage nicht gegen den Willen des Gegners erreicht werden⁹⁴⁷, es ist nicht

⁹⁴³ Vgl. hinsichtlich der Möglichkeit der Verjährungshemmung durch ein Verfügungsgesuch die Nachweise unter Fn. 241.

⁹⁴⁴ Siehe obige Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 8.), S. 55 f.

⁹⁴⁵ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 240.

⁹⁴⁶ *Baltzer*, S. 68.

⁹⁴⁷ Eine einvernehmliche Streitbeilegung ist insbesondere durch das Abschlussverfahren nach

auf eine endgültige Beilegung von Rechtsstreitigkeiten angelegt und die ergehenden Entscheidungen, gleich ob in Gestalt eines Beschlusses oder eines Urteils, entfalten keine Bindungswirkung für Hauptsacheverfahren⁹⁴⁸. Das Ziel des Verfügungsverfahrens besteht für den Anspruchsgegner als Antragsteller einer neg. Feststellungsverfügung primär⁹⁴⁹ in der Verhinderung einer bzw. in der Verteidigung gegen eine vorläufige, ungerechtfertigte Durchsetzung des Anspruchs. Im Gegensatz zur entsprechenden Konstellation in Hauptsacheverfahren kann ein Anspruchsgegner sein Ziel im Verfügungsverfahren nicht in gleichem Maße in verkehrter Parteistellung als Antragsgegner eines Unterlassungsverfügungsverfahrens wie als Antragsteller eines selbstinitiierten neg. Feststellungsverfahrens erreichen. Der Antragsgegner eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahrens wird an diesem regelmäßig nicht beteiligt und seine prozessuale Stellung ist im Allgemeinen nicht qualitativ gleichwertig zu der des Antragstellers ausgestaltet⁹⁵⁰. Auch kann er lediglich eine vorübergehende Verteidigung, aber keinen endgültigen Rechtsschutz erlangen.

In Hauptsacheverfahren ist die prozessuale Stellung der Parteien annähernd gleichwertig ausgestaltet, dementsprechend besteht kein spezifisches Interesse der Beteiligten an einer bestimmten Parteistellung. Dieser Gesichtspunkt, der auch als prozessuale Waffen-gleichheit⁹⁵¹ bezeichnet werden kann, ist Grundlage und Voraussetzung der Rspr. für die Annahme des Wegfalls des Feststellungsinteresses einer neg. FK durch eine gegenläufige LK.⁹⁵² Der Wegfall dieses Interesses des Anspruchsgegners an einer eigenen Klage-möglichkeit beruht gerade auf der Annahme, dass den Interessen des Anspruchsgegners vollumfänglich im Rahmen des gegenläufigen Verfahrens Rechnung getragen wird. Tatsächlich besteht der gewichtigste Vorteil, den der Anspruchsgegner in Hauptsache-verfahren durch den Fortfall des Feststellungsinteresses einbüßt, in dem Wahlrecht aus § 35 ZPO, zumal auch das Erheben einer gegenläufigen LK vor einem anderen Gericht als dem

Erlass einer e.V. möglich. Das in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten regelmäßig durchgeführte Beschlussverfahren ist hingegen eher einigungsfeindlich. Hat ein Anspruchsgegner keine Kenntnis von dem Verfahren, so kann es in diesem auch nicht zu einer Einigung kommen.

⁹⁴⁸ *Nirk/Kurtze*, Rn. 542.

⁹⁴⁹ Eine endgültige Klärung der Rechtslage kann er mangels Auswirkungen auf Hauptsacheverfahren zumindest von Gesetzes wegen nicht erreichen. Zu der Möglichkeit einer endgültigen Anerkennung neg. Feststellungsverfügungen siehe die Ausführungen unter D.) V.) 2.), S. 249.

⁹⁵⁰ Siehe obige Ausführungen unter Abschnitt B.) II.), S. 79 ff., insbesondere unter Abschnitt B.) II.) 3.) a.), S. 113 ff.

⁹⁵¹ Vgl. nachfolgende Ausführungen unter D.) VI.) 2.), S. 254 ff.

⁹⁵² Vgl. die Ausführungen unter Fn. 883.

der neg. FK zum Wegfall der Zuständigkeit des prioritär befassten Gerichts führt⁹⁵³. Wenngleich dieser Gesichtspunkt in manchen Konstellationen erhebliche Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten der Parteien haben kann, ist das Wahlrecht in Hauptsacheverfahren doch von geringerer Bedeutung als in Verfügungsverfahren⁹⁵⁴. Insbesondere das Beschlussverfahren, aber auch das Urteilsverfahren zeichnen sich hingegen durch eine Vielzahl von Privilegierungen zugunsten des Antragstellers aus, die entscheidend für den Ausgang des Gerichtsverfahrens sein können.⁹⁵⁵ Diese Vorteile begründen ein spezifisches Interesse der Parteien an der prozessualen Stellung als Antragsteller. Aus Sicht des Anspruchsgegners führt es zu einer wesentlichen Erhöhung der Gefahr einer Fehlentscheidung zu seinen Lasten, wenn über das Bestehen des gegen ihn gerichteten Unterlassungsanspruchs im Rahmen eines gegenläufigen Beschlussverfahrens entschieden wird und nicht in einem von ihm initiierten Verfügungsverfahren, auf dessen Ausgang er Einfluss nehmen kann. Insofern unterscheiden sich die Interessenlagen in Hauptsache- und Eilverfahren maßgeblich. BGH und RG gehen in ihren Entscheidungen von der für Hauptsacheverfahren zutreffenden Prämisse aus, dass die mit der Parteistellung als Kläger verbundenen, zivilprozessualen Privilegierungen nicht von einem Gewicht sind, das es rechtfertigen würde, im Rahmen der Frage, ob eine später erhobene gegenläufige LK zu einem Wegfall des Feststellungsinteresses führt, ein Fortbestehen des Feststellungsinteresses zugunsten des Anspruchsgegners anzunehmen.⁹⁵⁶ Das Verfügungsverfahren wurde hingegen, aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes, massiv zugunsten des Antragstellers ausgestaltet. Die Stellung des Anspruchsgegners ist im Gegenzug in mehrfacher Hinsicht nachteiliger ausgestaltet. So stellt es beispielsweise einen erheblichen Nachteil dar, wie im Beschlussverfahren, keine Stellung zu den Ausführungen des Anspruchstellers nehmen zu können, anstatt, wie im Klageverfahren, vollumfänglich rechtliches Gehör zu erhalten. Dieser Nachteil wird durch die Privilegierungen der Glaubhaftmachung anstatt des Vollbeweises und der Modifizierung der statthaften Beweismittel weiter verstärkt, wenn diese Vorteile, wie im Beschlussverfahren, einseitig dem Antragsteller zugute kommen. Ein weiterer Gesichtspunkt, der die Stellung des Anspruchstellers maßgeblich prägt, ist die Möglichkeit der uneingeschränkten Rücknahme und wiederholten Stellung von Anträgen auf Erlass e.V.'en.⁹⁵⁷ Die Stellung von Antragsteller und Antragsgegner kann daher nicht als gleichwertig beurteilt werden.⁹⁵⁸

⁹⁵³ Siehe die Nachweise unter Fn. 885.

⁹⁵⁴ Siehe diesbezüglich Abschnitt A.) V.) 2.), S. 30 ff.

⁹⁵⁵ Siehe Abschnitt B.) II.) 3.) a.), S. 113 ff.

⁹⁵⁶ Vgl. die Ausführungen unter Fn. 883.

⁹⁵⁷ Siehe obige Ausführungen unter Abschnitt B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

⁹⁵⁸ Siehe diesbezüglich Abschnitt B.) II.) 3.) a.), S. 113 ff.

Hintergrund dieser Unterschiede zwischen den Verfahrensarten ist, dass diese ursprünglich unterschiedlichen Zielen dienen sollten. Während Hauptsacheverfahren der endgültigen Austragung von Rechtsstreitigkeiten dienen sollten und auch aktuell dienen, besteht die gesetzlich zugewiesene, primäre Funktion von Verfügungsverfahren in der Verhinderung einer Entwertung von Rechtspositionen infolge der erforderlichen Zeitdauer bis zu einer Hauptsacheentscheidung.⁹⁵⁹ Die Verfahrensvorschriften der ZPO für Hauptsacheverfahren sind hingegen von der gleichwertigen Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten geprägt. Sie bringen damit zum Ausdruck, dass die Privilegierung oder Benachteiligung einer Partei im entscheidenden Stadium der Austragung einer Streitigkeit nicht gerechtfertigt ist, sondern die Interessen der Parteien grundsätzlich als gleichwertig zu beurteilen sind⁹⁶⁰. Da das Verfügungsverfahren nach dem gesetzlichen Leitbild nicht zu abschließenden Entscheidungen führt und die Wirkungen e.V.'en qualitativ grundsätzlich hinter denen von Hauptsacheentscheidungen zurückbleiben, können Unterschiede in der Parteistellung im Verfügungsverfahren normalerweise eher hingenommen werden, als es bei Hauptsacheverfahren der Fall ist. Aufgrund der regelmäßig weiterreichenden Wirkungen und der Letztverbindlichkeit von Hauptsacheverfahren sind an diese im Allgemeinen strengere Anforderungen für die Rechtfertigung prozessualer Ungleichbehandlungen zu stellen. In lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten bildet heutzutage allerdings das Verfügungsverfahren regelmäßig das letztlich entscheidende Stadium.⁹⁶¹ Die Verfahrensvorgaben für den einstweiligen Rechtsschutz sind hingegen von dem Leitmotiv der Effektivität des Rechtsschutzes bestimmt.⁹⁶² Die besonders effektive Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes ist indes primär in Bezug auf ihre dienende Funktion gegenüber dem Hauptsacherechtsschutz⁹⁶³ gerechtfertigt. In dieser Funktion hilft er, die Entwertung von Rechtspositionen, die noch nicht in einer vollstreckbaren Hauptsacheentscheidung tituliert wurden, zu verhindern und fördert damit (mittelbar) die Realisierung materieller Rechtspositionen. Andererseits entfaltet er insoweit auch eine wesentlich weniger beeinträchtigende Wirkung gegenüber dem Antragsgegner. Zwar wird ein Antragsgegner auch durch sichernde Maßnahmen beeinträchtigt, die Beeinträchtigungen bleiben aber hinter den Wirkungen einer Vorwegnahme der Anspruchsdurchsetzung zurück und können regelmäßig wieder vollumfänglich rückgängig gemacht werden. Man denke bspw. an einen dinglichen Arrest, durch den die Nutzbarkeit von Vermögensbestandteilen zeitweilig

⁹⁵⁹ Siehe die Nachweise unter Fn. 548.

⁹⁶⁰ *Walker*, Rn. 71, der die gleichrangige Schutzwürdigkeit beider Parteien auch im Rahmen einstweiliger Rechtsschutzverfahren aus dem GG ableitet.

⁹⁶¹ Siehe obige Ausführungen unter Abschnitt A.) V.) 4.), S. 38 ff.

⁹⁶² Vgl. *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, Vor § 916, Rn. 5; *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1, Rn. 97.

⁹⁶³ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter Abschnitt C.) I.) 1.), S. 117 ff.

beeinträchtigt wird. Von dieser dienenden Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes gegenüber dem Rechtsschutz durch Hauptsacheverfahren weicht die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten erheblich ab. Unterlassungsstreitigkeiten nehmen hier die Wirkung eines Hauptsachetitels vorweg und haben oftmals irreparable Auswirkungen. Anstatt der gesetzlich zugewiesenen dienenden Funktion hat die e.V. in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten einen verdrängenden Charakter⁹⁶⁴ in Relation zu Hauptsacheverfahren angenommen⁹⁶⁵. Dies hat seine Gründe in der Wahlmöglichkeit des Anspruchstellers, ob er ein Hauptsacheverfahren oder ein e.V. – Verfahren initiiert und auf beiden Wegen eine Titulierung des befriedigenden Leistungsausspruchs erreichen kann, sowie der Schnelligkeit geschäftlicher Handlungen, die sich oftmals bereits nach einem kurzen Zeitraum erledigen. Da die Interessen des Anspruchsgegners in Unterlassungsverfügungsverfahren, insbesondere in Beschlussverfahren, zugunsten des Anspruchstellers ganz erheblich eingeschränkt werden, kann die Konstellation nicht mit derjenigen gegenläufiger Klagen gleichgestellt werden.

Diese Unterschiede in der Ausgestaltung und in den Interessenlagen des Verfügungs- und des Hauptsacheverfahrens sprechen deutlich gegen eine Übernahme der Lösung der Rechtsprechung für gegenläufige Klagen. Der Anspruchsgegner hat im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ein erhebliches Interesse daran, dass die Entscheidung über das Bestehen des Unterlassungsanspruchs in dem von ihm initiierten Verfahren getroffen wird.

cccc.) Auswirkungen auf das Verfügungsverfahren bei Übertragung der Kollisionslösung

Selbst wenn man die Lösung der Rechtsprechung für Hauptsacheverfahren trotz o.g. Umstände auf den vorläufigen Rechtsschutz anwenden würde, hätte dies nicht zur Folge, dass einem Leistungsbegehren Vorrang vor einem kontradiktorischen neg. Feststellungsbegehren zukäme. Die Unzulässigkeit der prioritär erhobenen neg. FK durch den Wegfall des Feststellungsinteresses tritt nach den Grundsätzen der Rspr. dadurch ein, dass das

⁹⁶⁴ Mantzourani-Tschaschnig, S. 2; Berneke, Rn. 16; vgl. auch Morbach, S. 11.

⁹⁶⁵ Dies führt sogar so weit, dass eine Verpflichtung des Anspruchstellers zur anteiligen Kostentragung diskutiert wird, sofern dieser neben dem e.V.-Verfahren zugleich das Hauptsacheverfahren beschreitet und in letztgenanntem ein Beschluss nach § 91a ZPO ergeht, weil der im e.V.-Verfahren unterlegene Anspruchsgegner eine Abschlusserklärung abgegeben hat. Dies wird damit begründet, dass mit Rücksicht auf die besondere Natur der Unterlassungsverfügung, die dem Anspruchsteller zeitlich befristet vollen Rechtsschutz gewähre, kein hinreichender Anlass bestünde, zugleich das Klageverfahren einzuleiten. Siehe *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 97, Rn. 4. Wohlgedemert gilt dies nicht umgekehrt; aufgrund des sofortigen Schutzes, den nur eine e.V. gewähren kann, besteht für diese grundsätzlich immer ein Anlass.

Leistungsbegehren gerichtlich geltend gemacht wird und in ein Stadium gelangt, ab dem es nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann. In Hauptsacheverfahren erfolgt dies gemäß §§ 269 Abs. 1, 137 Abs. 1 ZPO durch das Stellen der Anträge in der mündlichen Verhandlung. Ungeachtet der Tatsache, dass über lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungsgesuche in aller Regel im Beschlussverfahren entschieden wird und es somit überhaupt nicht zu einem Stellen von Anträgen in einer mündlichen Verhandlung kommt, tritt in Verfügungsverfahren nie die Wirkung ein, dass ein Verfügungsgesuch nur noch mit Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden kann. Die Regelung des § 269 Abs. 1 ZPO ist in Verfügungsverfahren insoweit nicht anwendbar.⁹⁶⁶ Ein Verfügungsgesuch kann jederzeit ohne Einwilligung des Antragsgegners zurückgenommen werden. Der durch die Regelung des § 269 Abs. 1 ZPO bezweckte Schutz des Anspruchsgegners greift in Verfügungsverfahren somit nicht ein.

Ein für den Anspruchsgegner gleichwertiger Schutz könnte sich im Zusammenhang mit der Rücknahme eines Verfügungsgesuchs allenfalls durch das Erfordernis des Verfügungsgrundes ergeben. Nach h.A. wird die Vermutung des Verfügungsgrundes als widerlegt angesehen, wenn ein erstinstanzlich unterlegener Anspruchsteller seinen Antrag bei dem prioritär befassen Gericht zurücknimmt und ein zweites Verfügungsgesuch bei einem weiteren Gericht einreicht, anstatt sein erstes Verfügungsverfahren im Weg der Beschwerde vor dem übergeordneten OLG weiterzuverfolgen.⁹⁶⁷ Dieser Rechtsfolge entzieht sich ein Antragsteller in der Praxis indes dadurch, dass er mit dem befassen Gericht die Erfolgsaussichten seines Verfügungsgesuchs bespricht, bevor dieses überhaupt eine Entscheidung trifft.⁹⁶⁸ Lässt das Gericht im Rahmen dieser Besprechung Zweifel daran aufkommen, dass es dem Verfügungsgesuch im Beschlussweg stattgeben wird, so nimmt der Antragsteller das Gesuch zurück und stellt seinen Antrag erneut vor einem anderen Gericht.⁹⁶⁹ Zwar beurteilen Teile der Literatur und manche Oberlandesgerichte auch diese Vorgehensweise als „dringlichkeitsschädlich“, ein Antragsteller hat indes unabhängig von dieser Streitfrage die Möglichkeit, sein Gesuch bei einem Gericht anzubringen, das diese Vorgehensweise nicht als „dringlichkeitsschädlich“ bewertet. Überdies erfahren selbst Gerichte, welche dieses Verhalten als „dringlichkeitsschädlich“ bewerten, ebenso wenig wie

⁹⁶⁶ *Teplitzky*, Kap. 55, Rn. 1a; *Stein/Jonas/Grunsky*, § 920, Rn. 4, der diese Wirkung mit der mangelnden Schutzbedürftigkeit des Antragsgegners aufgrund der ohnehin geringeren Wirkungen einer Abweisung des Verfügungsgesuchs begründet.

⁹⁶⁷ Siehe Abschnitt B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff., samt den Nachweisen in Fn. 427.

⁹⁶⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) gg.), S. 93 und B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff. samt den Nachweisen in Fn. 429.

⁹⁶⁹ Siehe Abschnitt B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

Antragsgegner, ob das Gesuch bereits vor einem anderen Gericht eingereicht (und wieder zurückgenommen) wurde. Da sich die Rücknahme in diesen Fällen nicht auf die Dringlichkeit auswirkt und dementsprechend die Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG unverändert fort gilt, wird über das Erfordernis des Verfügungsgrundes kein gleichwertiger Schutz gewährleistet.

Einem Antragsteller stehen bei geschicktem Vorgehen somit mehrere Versuche (im Sinne der Befassung von Gerichten mit seinem Begehren) zur Verfügung, um seinem Unterlassungsverfügungsgesuch zum Erfolg zu verhelfen.⁹⁷⁰ Gerade auch um dies zu verhindern, gilt in Hauptsacheverfahren die Vorschrift des § 269 Abs. 1 ZPO. Sobald dessen zeitliche Grenze überschritten ist, soll ein Kläger nicht mehr die Möglichkeit haben, den Prozess gegen den Willen des Beklagten ohne Sachentscheidung zu beenden und vor einem (anderen) Gericht zu wiederholen, bloß weil das prioritär befasste Gericht zu erkennen gegeben hat, dass es Zweifel an den Erfolgsaussichten der Klage hat.

Daraus folgt, dass ein Anspruchsgegner in Verfügungsverfahren nicht in gleichem Maße vor wiederholt gestellten Verfügungsgesuchen geschützt ist, wie es in Hauptsacheverfahren in Bezug auf mehrfach erhobene Klagen der Fall ist.

Im Rahmen der Lösung der Rspr. für gegenläufige Klagen gewährleistet § 269 Abs. 1 ZPO dem Anspruchsgegner, dass eine endgültige gerichtliche Austragung der Streitigkeit nicht mehr gegen seinen Willen verhindert werden kann und das Bestehen oder Nichtbestehen des geltend gemachten Anspruchs abschließend geklärt wird. Aufgrund dieses Gesichtspunkts erachtet es die Rspr. für gerechtfertigt, dass die später erhobene LK des Anspruchstellers die Unzulässigkeit der prioritär erhobenen neg. FK herbeiführen kann. Da der Anspruchsgegner sein Ziel der verbindlichen Klärung des Bestehens oder Nichtbestehens des Anspruchs im Rahmen des fremden Verfahrens erreichen kann, spricht die Rechtsprechung dem Anspruchsgegner ein schutzwürdiges Interesse an einem eigenen Rechtsbehelf zur Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs ab. Ebenso wie die Feststellung der Rechtslage Bestandteil eines Leistungsurteils ist, sieht die Rechtsprechung das Begehren des Anspruchsgegners als in dem Begehren des Anspruchstellers enthalten an. Diese Gewissheit könnte ein Anspruchsgegner bei einer Übertragung der Grundsätze auf korrespondierende Verfügungsgesuche, aufgrund der jederzeitigen Rücknehmbarkeit, nicht erreichen. So wäre es dem Anspruchsteller möglich, zunächst die Unzulässigkeit des gegnerischen Feststellungsverfahrens durch Geltendmachung seines Leistungsbegehrens herbeizuführen und daraufhin das eigene Verfügungsverfahren durch Rücknahme

⁹⁷⁰ Siehe die Nachweise unter Fn. 431.

des Gesuchs wieder zu beenden. Damit käme einer neg. Feststellungsverfügung nicht einmal die geringe Bedeutung einer Möglichkeit zur Erzwingung einer gerichtlichen Klärung der Streitigkeit zu, welche die Rechtsprechung einer neg. FK noch beimisst. Das neg. Feststellungsverfügungsgesuch könnte vielmehr durch deren Gegner der Unzulässigkeit zugeführt werden, ohne dass es zu einer einstweiligen gerichtlichen Klärung der Unterlassungsstreitigkeit käme. Eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf das Verfügungsverfahren führt somit nicht zu dem Ergebnis, dass ein Unterlassungsverfügungsgesuch die Unzulässigkeit eines prioritär erhobenen negativen Feststellungsverfügungsgesuchs zur Folge hat.

Unabhängig davon, ob man die Grundsätze der Rspr. für gegenläufige Klagen ablehnt, die Grundsätze an sich befürwortet, aber ihre Übertragung auf Verfügungsgesuche ablehnt, weil die zugrunde liegenden Interessenlagen nicht vergleichbar sind, oder die Grundsätze der Rechtsprechung sowie ihre entsprechende Anwendung auf Verfügungsgesuche befürwortet, führt dies nach vorherrschender Rechtslage nicht dazu, dass dies die Unzulässigkeit eines prioritär erhobenen neg. Feststellungsverfügungsgesuchs aufgrund eines nachfolgend geltend gemachten Unterlassungsverfügungsgesuchs zur Folge hätte.

eee.) Konsequenzen der mangelnden Anwendbarkeit der Lösung der Rspr. für Hauptsacheverfahren auf Verfügungsverfahren

Die nicht mögliche Anwendung der Lösung der Rechtsprechung für Hauptsacheverfahren auf Verfügungsverfahren hat zur Folge, dass die Erhebung eines gegenläufigen Unterlassungsverfügungsgesuchs keinen Einfluss auf die Zulässigkeit eines prioritären neg. Feststellungsverfahrens hat.

Dies hat aber nicht zur Folge, dass der Anspruchsgegner vor gegenläufigen Unterlassungsverfügungen geschützt wäre. Ein prioritäres Verfügungsgesuch auf neg. Feststellung bleibt zwar zulässig, der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff hat aber zur Folge, dass das rechtshängige neg. Feststellungsverfügungsverfahren nicht das Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit gegenüber einem nachfolgenden, gegenläufigen Leistungsbegehren begründen kann, da keine Identität zwischen den Streitgegenständen eines neg. Feststellungsbegehrens und einem gegenläufigen Leistungsbegehren besteht. Auch der BGH und das RG stellen die Zulässigkeit gegenläufiger LK'n nach der Feststellung, dass diesen nicht die Rechtshängigkeit der neg. FK entgegensteht, nicht in Frage. Die Rechtshängigkeit eines neg. Feststellungsverfahrens kann damit nicht verhindern, dass der Anspruchsteller eine ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung erwirkt

und den Anspruchsgegner durch deren Vollziehung schädigt. Der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff hat zur Folge, dass beide Verfahren parallel nebeneinander betrieben werden.⁹⁷¹ Dies gilt auch bei zwei kollidierenden Klagen für den Zeitraum der Erhebung der LK bis zum Zeitpunkt des Entfalls des Feststellungsinteresses der neg. FK, sofern dieses Verfahren nicht zuvor entscheidungsreif wird. Auch hier werden zwei gerichtliche Verfahren parallel betrieben, die füreinander Rechtskraftwirkungen entfalten können.

Dem Grunde nach handelt es sich hierbei um eine Folge, die durch die Rechtshängigkeitsperre des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ausgeschlossen sein sollte, da sie zu einer Mehrfachbefassung von Gerichten führt und die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen eröffnet. Dem steht jedoch der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff entgegen, der zur Folge hat, dass beide Verfahren zwar Rechtskraftwirkungen im Verhältnis zueinander entfalten, aufgrund der unterschiedlichen Anträge aber nicht den gleichen Streitgegenstand betreffen. Ob sich Beschluss- oder Urteilsverfahren gegenüberstehen, ist diesbezüglich irrelevant. Der Unterschied in den Verfahrensarten hat keinen Einfluss auf den zugrunde liegenden Streitgegenstand.

Es stellt sich damit die Frage, ob eine erlassene neg. Feststellungsverfügung, also das Ergebnis eines neg. Feststellungsverfahrens, den Erlass ungerechtfertigter Unterlassungsverfügungen verhindern kann.

dd.) Auswirkungen neg. Feststellungsverfügungen auf gegenläufige Unterlassungsverfügungen und Unterlassungsverfahren

Es stellt sich insbesondere die Frage, ob ein Anspruchsteller eine Unterlassungsverfügung auch erwirken kann, wenn der Anspruchsgegner zuvor eine neg. Feststellungsverfügung erwirkt hat, mit der festgestellt wurde, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht besteht, oder ob die zuvor ergangene Feststellungsentscheidung der Durchsetzbarkeit des Anspruchs im Wege der e.V. entgegensteht und damit geeignet ist, die Gefahr von Schädigungen durch unberechtigte Unterlassungsverfügungen zu beseitigen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Folgefrage, ob zwischen den Entscheidungsformen Beschluss und Urteil zu differenzieren ist.

⁹⁷¹ Schotthöfer, WRP 1986, 14, 18, für Hauptsacheverfahren.

Für die Frage der Auswirkungen e.V.'en auf gegenläufige Verfügungsverfahren und –entscheidungen ist maßgeblich, welche Wirkung diesen zukommt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidungen in Form eines Urteils oder Beschlusses ergehen können.

aaa.) Bindungswirkung e.V.'en

Oben wurde bereits dargelegt, dass das Rechtsinstitut der anderweitigen Rechtshängigkeit auch im einstweiligen Rechtsschutz Anwendung findet.⁹⁷²

Während die Rechtshängigkeitswirkungen von Verfügungsverfahren weitgehend einhellig beurteilt werden, standen die Wirkungen e.V.'en auf andere Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bislang in geringerem Umfang in der Diskussion. Die h.A. und die Rechtsprechung erkennen an, dass Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes in eingeschränktem Umfang Rechtskraftwirkungen erzeugen⁹⁷³ und damit gegenüber anderen Begehren auch das Prozesshindernis der anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung über denselben Streitgegenstand begründen können⁹⁷⁴ oder präjudizielle Wirkungen entfalten können⁹⁷⁵. Unstrittig ist in diesem Zusammenhang, dass e.V.'en lediglich Rechtskraft-

⁹⁷² Siehe die Nachweise unter Fn. 939.

⁹⁷³ Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 16; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 12 ff.; Musielak/Huber, § 922, Rn. 11; BGHZ 161, 298, 302 f., vgl. hierzu auch die Urteilsanmerkung von Hübner/Suh, LMK 2005, 69, 70; OLG Frankfurt, Urteil vom 25.07.1968, 16 U 74/68, NJW 1968, 2112, 2113; KG, Urteil vom 07.07.1978, 4 U 1707/78, MDR 1979, 64; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.03.2010, 25 TaBVGa 2608/09, abrufbar über beck-online.de unter BeckRS 2010, 72568; Berneke, Rn. 94; Stürner, Z郑 125 (2012) 3, 13 ff.; siehe zur ablehnenden Ansicht MüKoZPO/Drescher, Vor §§ 916 ff. Rn. 27 ff., der die Regeln der materiellen Rechtskraft zwar für unpassend und ungeeignet erklärt, sie aber dennoch anwendet; sowie die Nachweise bei Stürner, Z郑 125 (2012) 3, 7 ff.

⁹⁷⁴ Loritz, Z郑 106 (1993) 3, 10 f.; Schuschke/Walker, Vor § 916-945, Rn. 21; Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 16; MüKoZPO/Drescher, Vor §§ 916 ff., Rn. 29, der anführt, dass die Regeln der materiellen Rechtskraft zwar unpassend und ungeeignet für einstweilige Rechtsschutzverfahren seien, im Ergebnis jedoch der Rechtskrafteinwand zur Unzulässigkeit von identischen Verfügungsgesuchen führen könne.

⁹⁷⁵ Schuschke/Walker, § 922, Rn. 36, m.w.N. Diese Präjudizialität vorläufiger Art unterscheidet sich von der von Kohler, Z郑 103 (1990) 184, 191 f. vertretenen Präjudizialwirkung von Feststellungsverfügungen (siehe oben unter D.) III.) 2.) i.), S. 159 ff.). Während sich die von Kohler vertretene Präjudizialwirkung auf tatsächliche Handlungen auswirkt und für diese einen endgültigen Rechtfertigungsgrund schafft, kommt der vorliegend befürworteten Präjudizialwirkung entsprechend dem Charakter e.V.'en ausschließlich eine vorläufige Präjudizialwirkung zu. Handlungen, die mit der Feststellungsentscheidung in Einklang stehen, werden somit nicht endgültig legitimiert, sondern können bspw. zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Auswirkungen entsprechen dem Rechtsgedanken des § 945 ZPO und dem Charakter des einstweiligen Rechtsschutzes. Die von Kohler postulierte Präjudizialwirkung spricht allerdings erst recht für die Anerkennung der vorliegend vertretenen Präjudizialwirkung. Kohler folgert aus dieser Wirkung von Feststellungsverfügungen, dass tatsächliche Handlungen, die im Einklang mit einer erlassenen Feststellungsverfügung stehen, von den Gerichten auch nachträglich (nach Aufhebung der e.V.) nicht als

wirkungen in Bezug auf andere Verfügungsverfahren entfalten und sich nicht auf Hauptsacheentscheidungen erstrecken⁹⁷⁶ und gegenüber diesen somit auch kein Prozesshindernis begründen können. Dies folgt aus den unterschiedlichen Streitgegenständen beider Verfahrensarten⁹⁷⁷.

Im Übrigen sind die Rechtskraftwirkungen e.V.'en bislang nur unzureichend erörtert und nicht abschließend geklärt.⁹⁷⁸ Problematisiert wird die Frage der Rechtskraftwirkungen primär im Hinblick auf wiederholte Verfügungsgesuche eines Antragstellers.⁹⁷⁹ Die Wirkungen eines Verfügungsgesuchs oder einer e.V. auf ein gegenläufiges Verfügungsgesuch, wie insbesondere im Fall eines neg. Feststellungsbegehrens und eines Leistungsbegehrens, wurden bislang nicht thematisiert.

Die Anerkennung der Rechtshängigkeits- und der Rechtskraftwirkungen dient dazu, die diesen Regelungen zugrunde liegenden Zielvorgaben⁹⁸⁰, wie die Verhinderung divergierender gerichtlicher Entscheidungen und die Mehrfachbefassung eines oder mehrerer Gerichte mit derselben Streitigkeit, generell und unabhängig von der gewählten Verfahrensart zu verwirklichen⁹⁸¹.

rechtswidrig beurteilt werden dürfen und Handlungen, die im Widerspruch zu der getroffenen Feststellung stehen, nicht nachträglich als rechtmäßig beurteilt werden dürfen. Dies hat zur Folge, dass Widerstand gegen Maßnahmen, deren Rechtmäßigkeit einstweilen festgestellt wurde, stets rechtswidrig ist. Bewirkt eine Feststellungsverfügung, dass Gerichte Handlungen, die im Widerspruch zu der getroffenen Feststellung vorgenommen wurden, selbst nach deren Aufhebung nicht als rechtmäßig bewerten dürfen, so müssen die Gerichte an diese Entscheidung erst recht auch im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gebunden sein. Auch kann es für die hervorgerufene Bindungswirkung keinen Unterschied machen, ob sie sich auf die Beurteilung eines tatsächlichen (bspw. in Form einer körperlichen Behinderung) oder eines rechtlichen Abwehrverhaltens (durch eine rechtliche Untersagungsanordnung) bezieht. Wurde verbindlich festgestellt, dass die beanstandete Handlung rechtmäßig/lauter ist, können Gegenmaßnahmen gleich ob tatsächlicher oder rechtlicher Art nicht gleichermaßen rechtmäßig/lauter bzw. begründet sein.

⁹⁷⁶ Schuschke/Walker, § 922, Rn. 35 f.; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 16; Zöller/Vollkommer, Vor § 916, Rn. 13; Seiler in Thomas/Putzo, § 922, Rn. 8 ff.; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt A, Rn. 66.

⁹⁷⁷ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 240.

⁹⁷⁸ Vgl. Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 16; Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 7.

⁹⁷⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

⁹⁸⁰ Siehe die Nachweise unter Fn. 929.

⁹⁸¹ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 11 ff.; vgl. auch Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 16; Loritz, ZZP 106 (1993) 3, 11; Ostler, MDR 1968, 713, 715.

Nach allgemeinen Grundsätzen setzt der Eintritt formeller Rechtskraft voraus, dass die Entscheidung nicht mehr mit Rechtsbehelfen angegriffen werden kann.⁹⁸² Sei es, weil die Rechtsbehelfsfrist abgelaufen ist, ein Rechtsbehelfsverzicht erklärt wurde oder weil kein weiterer Rechtsbehelf statthaft ist. Ein Unterschied zur Rechtskraftwirkung von Hauptsacheentscheidungen besteht einerseits darin, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft, unter anderem aufgrund der §§ 927, 936 ZPO, unter geringeren Voraussetzungen zulässig ist.⁹⁸³ Dies kann dem Anspruchsteller auch die Möglichkeit der wiederholten Antragsstellung eröffnen.⁹⁸⁴ Andererseits ist zu berücksichtigen, dass alle Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes naturgemäß ausschließlich vorläufiger Natur sind und bspw. auf einen Antrag nach §§ 926, 936 ZPO oder auf eine neg. FK hin dauerhaft aufhebbar sind. Auch im Übrigen bleiben abweichende Hauptsacheentscheidungen möglich, weshalb die Rechtskraft von Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes nur zu einer wesentlich geringeren Rechtsbeständigkeit führt als diejenige von Hauptsacheentscheidungen.

Die unreflektierte Übertragung der Voraussetzungen für die Begründung der Rechtskraft von Hauptsacheurteilen auf Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes könnte zur Folge haben, dass e.V.'en in Urteilsform Rechtskraftwirkungen zuerkannt werden, während Beschlussverfügungen diese Wirkungen abgesprochen werden⁹⁸⁵, da für sie keine fristgebundenen Rechtsbehelfe eröffnet sind. Nur wenn Widerspruch eingelegt und daraufhin durch Urteil über diesen entschieden wird (§§ 925 Abs. 1, 936 ZPO), könnten auch in Fällen originärer Beschlussverfahren der formellen Rechtskraft fähige Entscheidungen ergehen.⁹⁸⁶ Bei der Möglichkeit der unbefristeten Angreifbarkeit im Wege des Widerspruchs, neben der Möglichkeit der Abänderung nach §§ 927, 936 ZPO wegen veränderter Umstände, handelt es sich um eine zivilprozessuale Besonderheit. Sie soll als Ausgleich für die Einseitigkeit des Beschlussverfahrens dienen, verschafft dem Antragsgegner aber keinen nennenswerten Vorteil. Ein Antragsgegner, der eine gegen ihn ergangene Beschlussverfügung für

⁹⁸² Seiler in Thomas/Putzo, § 705, Rn. 2 f.; Kroppenber in Prütting/Gehrlein, § 705, Rn. 2 ff.

⁹⁸³ Vgl. hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff. Siehe auch Stürner, ZZP 125 (2012) 3, 19; Schuschke/Walker, § 922, Rn. 36; Goebel/David, AnwF Zivilprozessrecht, § 15, Rn. 9.

⁹⁸⁴ Siehe Abschnitt B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

⁹⁸⁵ So wohl im Hinblick auf den Eintritt formeller Rechtskraft Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 12; Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 16, der aber für materielle Rechtskraftwirkungen den Eintritt formeller Rechtskraft wohl nicht für zwingend erforderlich erachtet. Beide berücksichtigen hierbei nicht, dass Urteilsverfügungen zwar ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr mit fristgebundenen Rechtsmitteln angegriffen werden können, die ZPO, anders als bei Hauptsacheentscheidungen, für Urteilsverfügungen aber noch mehrere Möglichkeiten der unbefristeten Aufhebung vorsieht.

⁹⁸⁶ Siehe beispielsweise Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 101, Rn. 186.

ungerechtfertigt erachtet, wird diese ohne zeitliche Verzögerung angreifen. Ein Abwarten ist für ihn nicht vorteilhaft. Tut er dies zunächst nicht, so hat er später immer noch die Möglichkeit, gegen die Beschlussverfügung mit einer neg. FK oder einem Antrag nach §§ 926 Abs. 1, 936 ZPO vorzugehen. Zudem hat er die Möglichkeit, gegen e.V.'en, die sich erst aufgrund einer Veränderung äußerer Umstände als ungerechtfertigt erweisen, mit dem Verfahren nach §§ 927, 936 ZPO vorzugehen. Angesichts dieser bestehenden Verteidigungsmöglichkeiten erscheint die Rechtfertigung dieser prozessualen Besonderheit zweifelhaft.

bbb.) Bindungswirkung von Beschlussverfügungen

Problematisch sind demnach die Wirkungen stattgebender Beschlussentscheidungen. Den zivilprozessualen Vorgaben für Hauptsacheverfahren zufolge setzt materielle Rechtskraft den Eintritt formeller Rechtskraft voraus⁹⁸⁷, und der Eintritt formeller Rechtskraft setzt die Unangreifbarkeit der Entscheidung infolge Fristablauf, Rechtsbehelfsverzicht oder dem Ende des Verfahrenszugs voraus.⁹⁸⁸ Dementsprechend könnten stattgebende Beschlussverfügungen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, da sie unbefristet mit dem Widerspruch nach §§ 924, 936 ZPO angegriffen werden können. Dieser führt zu einer Entscheidung über das Verfahren durch Urteil (§§ 925 Abs. 1, 936 ZPO), das aufgrund der Rechtsmittelfrist für die statthafte Berufung in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen kann.

Würde man diese Vorgabe für Hauptsacheverfahren strikt auf stattgebende Beschlussverfügungen anwenden, hätte dies zur Folge, dass das Verfügungsverfahren auch nach Erlass des Beschlusses solange rechtshängig bleiben müsste, bis über diesen evtl. durch Urteil entschieden wird und letzteres in Rechtskraft erwächst. Obwohl ein Verfügungsverfahren mit dem Erlass des Beschlusses für das Gericht und den Antragsteller zunächst, und oftmals auch endgültig, sein Ende findet, hätte dies nicht das Ende der Rechtshängigkeit zur Folge.⁹⁸⁹ Ein Ende der Rechtshängigkeit durch den Erlass einer Beschlussverfügung und somit vor dem Eintritt der formellen Rechtskraft würde bewirken, dass eine zeitliche Lücke entsteht, in der einem gegenläufigen oder mehrfachen identischen Verfügungsgesuch/en

⁹⁸⁷ Siehe die Nachweise unter Fn. 936.

⁹⁸⁸ Vgl. nur *Stürner*, ZJP 125 (2012) 3, 5, m.w.N., der diesen Grundsatz allerdings in Frage stellt (aaO, S. 18) und sich letztlich für die Zuerkennung von Rechtskraftwirkungen für e.V.'en in ihrer Gesamtheit ausspricht (aaO, S. 22 f.).

⁹⁸⁹ Vgl. *Schuschke/Walker*, Vor § 916-945, Rn. 22; *Zöller/Vollkommer*, § 924, Rn. 3; sowie BGH, Beschluss vom 01.02.1995, VIII ZB 53/94, NJW 1995, 1095, 1096 zur entsprechenden Konstellation in Hauptsacheverfahren.

weder die negative Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit noch die der anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung entgegensteht. Die von beiden Rechtsinstituten verfolgten Ziele der Verhinderung einer Mehrfachbefassung von Gerichten mit identischen Streitigkeiten und die Verhinderung divergierender Entscheidungen wären nicht erfüllt. Hierdurch würde unberücksichtigt gelassen, dass sich diese Prozesshindernisse zeitlich ergänzen. Die Rechtshängigkeit endet in dem Zeitpunkt, in dem die formelle Rechtskraft eintritt.⁹⁹⁰ Dieser „nahtlose“ Übergang gewährleistet, dass die mit den Rechtsinstituten verfolgten Ziele zeitlich lückenlos erfüllt werden.

Die h.M. nimmt daher an, dass auch Beschlussverfügungen materielle Rechtskraftwirkungen entfalten.⁹⁹¹ Eine andere Ansicht spricht stattgebenden Beschlussverfügungen eine

⁹⁹⁰ Siehe die Nachweise unter Fn. 935.

⁹⁹¹ *Loritz*, ZJP 106 (1993) 3, 10 f., mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Seiler* in Thomas/Putzo, § 922, Rn. 8; *Ahrens/Ahrens*, Kap. 55, Rn. 21 und 7, m.w.N.; OLG Frankfurt, Urteil vom 25.07.1968, 16 U 74/68, NJW 1968, 2112, 2113; *Walker*, Rn. 194 f.; *Mayer* in BeckOK ZPO, § 922, Rn. 18; *Wieczorek/Schütze/Büscher*, § 322, Rn. 22; *Goebel/David*, AnwF Zivilprozessrecht, § 15, Rn. 7; *Zöller/Vollkommer*, Vor § 916, Rn. 13; BGHZ 161, 298, 302 f., in welcher der BGH Beschlussverfügungen eine, durch den Vorbehalt der erleichterten Aufhebbarkeit e.V.'en beschränkte, Rechtskraftfähigkeit zuspricht und eine Differenzierung zwischen Urteils- und Beschlussverfügungen ausdrücklich ablehnt. Zur Begründung führt er an, dass trotz der unbefristeten Aufhebbarkeit von Beschlussverfügungen in der Rechtswirklichkeit gerade Beschlussverfügungen im Wettbewerbsrecht eine tatsächlich streitbeendende Wirkung („interimistische Befriedigungsfunktion“) zukomme. Eine instanzbeendende Wirkung sei nicht erforderlich, da auch Versäumnisurteilen keine solche Wirkung zukommt. Diese Entscheidung erlangt besondere Bedeutung vor dem Hintergrund, dass § 839 Abs. 2 BGB, welcher der dortigen Streitigkeit zugrunde liegt, dem Schutz der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen dient, siehe diesbezüglich *Meyer*, NJW 2005, 864, 864 f.; vgl. auch *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, Vor § 916, Rn. 16; *Völzmann-Stickelbrock* in Prütting/Gehrlein, § 322, Rn. 12; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 74, Rn. 13; nicht zwischen Beschluss- und Urteilsverfügungen differenzierend: *Ahrens*, WRP 1997, 907; *Stürner*, ZJP 125 (2012) 3, 19 ff.; *Starek*, S. 92, m.w.N.; *Berger*, ZJP 110 (1997) 287, 295; *Grunsky*, JuS 1976, 277, 280; *Haertlein* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vor §§ 935–945, Rn. 11; *Ganslmayer*, S. 44; *Gruber* in BeckOK ZPO, § 322, Rn. 5; *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier*, Abschnitt A, Rn. 65; *Brox/Walker*, § 48, Rn. 1520 f.; *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 916, Rn. 14; *Blomeyer*, ZJP 65 (1952) 52, 62; *Schuschke/Walker*, § 922, Rn. 35; *MüKoZPO/Drescher*, Vor §§ 916 ff., Rn. 30 sowie § 922, Rn. 27, der die Regeln der materiellen Rechtskraft zwar für unpassend hält, den Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes aber gleichwohl Rechtskraftwirkungen zuspricht; *Baur*, S. 93 ff., erkennt zwar materielle Rechtskraftwirkungen e.V.'en an, diese könne aber keine präjudizielle Wirkung hervorrufen, entsprechende Folgewirkungen treten nach seiner Ansicht indes infolge externer Bindungswirkung ein, die von allen Gerichte zu beachten sei; a.A. *Wieczorek/Schütze/Thümmel*, Vor § 916, Rn. 16, der davon ausgeht, dass sich die Frage der Zuerkennung von Rechtskraftwirkungen ausschließlich im Hinblick auf die Möglichkeit wiederholter Antragsstellungen bezieht und dieser Problematik durch die Aberkennung des Rechtsschutzbedürfnisses zu begegnen sei; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 12, Rn. 174 und 178; *Bongen/Renaud*, NJW 1991, 2886, 2887 f., welche die ablehnende Haltung damit begründen, dass die Rechtskraft einer Arrestentscheidung auch der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens über den Arrestanspruch entgegenstünde, damit aber den unterschiedlichen Streitgegenständen von Hauptsache- und Verfügungsverfahren keine Rechnung trägt; *Ostler*, MDR 1968, 713, 716, der sich zwar für die uneingeschränkte Anwendbarkeit der Institute der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft auf das Verfügungsverfahren ausspricht, da deren Zwecke unabhängig von der gewählten Verfahrensart

Bindungswirkung zu⁹⁹², die der Präjudizialwirkung einer rechtskräftigen Entscheidung entspricht. Die Ansichten unterscheiden sich also nur in begrifflicher Hinsicht.

Dieser vorherrschenden Ansicht ist zu folgen. Sie trägt den Gesichtspunkten Rechnung, dass - gerade im vorliegenden Kontext - Beschlussverfügungen oftmals tatsächlich zu einem endgültigen Verfahrensabschluss führen und es für die Bindungswirkung gegenüber weiteren Verfügungsgesuchen nicht entscheidend sein kann, ob das befassende Gericht die Angelegenheit für dringlich erachtet hat und sich daher dazu entschlossen hat, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen oder nicht. Die Grundsätze der Rechtskraft können nicht ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Eilverfahrens auf dieses übertragen werden.

Für die Anwendbarkeit des verwandten⁹⁹³ Rechtsinstituts der Rechtshängigkeit auf Verfügungsverfahren entspricht es ebenfalls ganz h.A.⁹⁹⁴, dass dessen Tatbestandsvoraussetzungen modifiziert werden müssen, um für Beschlussverfügungsverfahren sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Rechtshängigkeit tritt gemäß §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO durch die Zustellung der Klage an den Beklagten ein. In Beschlussverfahren erfolgt keine Zustellung des Verfügungsgesuchs an die gegnerische Partei.⁹⁹⁵ Würde man die Tatbestandsvoraussetzungen des Rechtsinstituts der Rechtshängigkeit anwenden, ohne die Besonderheiten des Beschlussverfügungsverfahrens zu berücksichtigen, so hätte dies

zu verwirklichen seien, diese Wirkung allerdings auf formell rechtskräftige Entscheidungen beschränkt, ohne dabei zu problematisieren, dass der stattgebenden Beschlussentscheidung die für nötig erachteten Wirkungen dann nicht zukommen.

⁹⁹² *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 101, Rn. 186 f., m.w.N., der darüber hinaus aber auch allen in einem Verfügungsverfahren ergehenden Entscheidungen, und damit insbesondere auch nicht formell rechtskräftigen stattgebenden Beschlussverfügungen, materielle Rechtskraftwirkungen beimisst.

⁹⁹³ Siehe zu den Gemeinsamkeiten und dem ergänzenden Charakter beider Rechtsinstitute die Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) ddd.) aaaa.), S. 199 ff.

⁹⁹⁴ Zöller/Greger, § 261, Rn. 2; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916, Rn. 11; Schellhammer, Rn. 1906; Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916, Rn. 15; OLG München, Beschluss vom 02.11.1992, 6 W 2274/92, NJW 1993, 1604; OLG Köln, Beschluss vom 04.05.1973, 17 W 77/73, NJW 1973, 2071; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.09.1981, 6 W 43/81, NJW 1981, 2824; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt H, Rn. 323, m.w.N.; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Abschnitt A, Rn. 493; Walker, Rn. 153; FA-GewRS/Retzer, Kap. 6, Rn. 1199; MüKoZPO/Drescher, Vor §§ 916 ff., Rn. 15; Ahrens/Ahrens, Kap. 55, Rn. 13, mit zahlreichen Nachweisen zur h.A. sowie der das Zustellungserfordernis befürwortenden Mindermeinung.

⁹⁹⁵ Denkbar ist allenfalls, dass das Gericht das Verfügungsgesuch zum Bestandteil der e.V. macht, indem es in der e.V. auf das Verfügungsgesuch verweist und dieses der Entscheidung anhängt. Dies kann in der lauterkeitsrechtlichen Praxis bspw. dazu dienen, komplizierte Unterlassungsverpflichtungsformulierungen nebst beispielhaften Abbildungen nicht abschreiben bzw. ab fotografieren zu müssen. Diese Vorgehensweise stellt jedoch lediglich eine Erleichterung für das Gericht dar und hat nicht den Zweck, mittelbar (§§ 936, 922 Abs. 2 ZPO) eine Zustellung des Verfügungsgesuchs zu bewirken.

zur Folge, dass Beschlussverfügungsverfahren nicht rechtshängig werden. Dies würde nicht nur der Rechtswirklichkeit widersprechen, wenn das Beschlussverfahren tatsächlich durchgeführt wird, sondern das Ergebnis würde auch den Interessen der Parteien und der Justiz zuwiderlaufen. So wäre es ohne das Institut der Rechtshängigkeit für einen Anspruchsteller bspw. möglich, sein Verfügungsgesuch bei allen zuständigen Gerichten und dort jeweils vielfach geltend zu machen. Für einen Erfolg in der Sache wäre es für den Antragsteller bereits ausreichend, wenn er mit einem seiner Gesuche Erfolg hätte. Die Justiz würde vielfach mit derselben Streitigkeit befasst und eine erhebliche Gefahr sich widersprechender Entscheidungen würde begründet. Die Gefahr divergierender Entscheidungen wäre im einstweiligen Rechtsschutz noch wesentlich größer als in Hauptsacheverfahren, da dessen Richtigkeitsgarantien in Verfügungsverfahren nur eingeschränkt Anwendung finden. Zudem würden sich auch die Kosten für die Austragung der Streitigkeit vervielfachen. Diese Auswirkungen zeigen auf, dass die Modifikation der Rechtshängigkeitsvoraussetzungen, in Form eines Verzichts auf das Erfordernis der Zustellung an den Antragsgegner, hier dringend geboten ist, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen.

Die Rechtskraft dient in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes naturgemäß nicht der Absicherung der Endgültigkeit und Beständigkeit der Eilentscheidungen. Von rechtskräftigen wie nicht rechtskräftigen Eilentscheidungen kann sowohl durch Hauptsacheurteile (ggf. durch einen Antrag nach §§ 926 Abs. 1, 936 ZPO hin) als auch durch abweichende Eilentscheidungen wegen veränderter Umstände abgewichen werden. Selbst formell rechtskräftige Urteilsverfügungen können unbefristet mit einem Antrag nach §§ 926 Abs. 1, 936 ZPO angegriffen werden.⁹⁹⁶ §§ 927, 936 ZPO soll zukünftige Anpassungen gerade ermöglichen. Der Rechtskraft von Eilentscheidungen kommt damit nicht die gleiche Qualität wie derjenigen von Hauptsacheentscheidungen zu, sie bietet nur eine wesentlich geringere Gewähr für die Rechtsbeständigkeit der getroffenen Entscheidung. Eine Differenzierung zwischen Beschluss- und Urteilsverfügungen ist angesichts der unbefristeten Aufhebbarkeit beider Arten e.V.'en nicht gerechtfertigt. Würde man Beschlussverfügungen aufgrund der Möglichkeit des unbefristeten Widerspruchs die Rechtskraftfähigkeit absprechen, so müsste man anderen Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes ebenfalls die Rechtskraftfähigkeit absprechen, da diese ebenfalls unbefristet aufgehoben und abgeändert werden können.

⁹⁹⁶ Stein/Jonas/Grunsky, § 926, Rn. 3; Zöller/Vollkommer, § 926, Rn. 2.

Ihre primäre Bedeutung erlangt die Rechtskraft in Verfügungsverfahren aufgrund ihrer Auswirkungen auf gleichartige oder kontradiktorische Verfahren. Wie in jedem anderen Verfahren dürfen existierende Gerichtsentscheidungen in derselben Angelegenheit auch hier nicht außer Betracht gelassen⁹⁹⁷ und Verfahren entgegen der getroffenen Entscheidung mehrfach durchgeführt werden.⁹⁹⁸ Der Gegner einer Beschlussverfügung muss hier durch die Rechtsordnung darauf verwiesen werden, den Bestand der gerichtlichen Entscheidung mit den gesetzlich vorgesehenen Behelfen anzugehen, und darf sich nicht über diese hinwegsetzen können.⁹⁹⁹ Existierende Eilentscheidungen außer Betracht zu lassen, würde auch dem Grundsatz der Prozessökonomie zuwiderlaufen. Der Nutzen der zuerst ergangenen Entscheidung würde reduziert und im Gegenzug würden Mehrfachentscheidungen in derselben Angelegenheit provoziert. Auch würde die Autorität des zunächst abschließend entscheidenden Gerichts untergraben, könnte sich ein anderes Gericht mit gleicher rechtsstaatlicher Legitimation über das gefundene Ergebnis hinwegsetzen. Zudem würde es Sinn und Zweck der unbefristeten Widerspruchsmöglichkeit widersprechen, wenn diese dazu führen würde, dass ein unterlegener Antragsgegner überhaupt keinen Widerspruch einlegt, da dies mangels Rechtskraftwirkung nicht erforderlich ist, und sich stattdessen mit einem eigenen Verfügungsgesuch über die Entscheidung hinwegsetzen oder sich in sachlichen Widerspruch zu dieser setzen könnte.

Partiell werden stattgebenden Beschlussverfügungen, trotz mangelnder formeller Rechtskraft, zwar materielle Rechtskraftwirkungen zugesprochen, diese aber auf einen Schutz vor gleichlautenden Verfügungsanträgen reduziert.¹⁰⁰⁰ Erkennt man indes an, dass es zum Schutz des Antragsgegners eines Verfügungsverfahrens vor wiederholten Verfügungsgesuchen geboten ist, ihm auch Schutz durch die Zuerkennung materieller Rechtskraft zu gewähren, wo eine Entscheidung nach den allgemeinen Grundsätzen für Hauptsacheverfahren nicht in formelle Rechtskraft erwachsen kann, so entspricht es ebenso Sinn und Zweck der Rechtskraft, die Justiz nicht mehrfach mit bereits entschiedenen Rechtsfragen zu befassen und für die Rechtsunterworfenen die Gefahr sich widersprechender Gerichtsentscheidungen auszuschließen. Die Ursache für die Zuerkennung von Rechtskraftwirkungen in diesem Umfang dürfte darin zu sehen sein, dass die Thematik der Rechtskraftwirkungen von e.V.'en nahezu ausschließlich im Hinblick auf einen Schutz vor wiederholten

⁹⁹⁷ Schuschke/Walker, § 922, Rn. 35.

⁹⁹⁸ A.A. Bernreuther, WRP 2010, 1191, 1198 ff.

⁹⁹⁹ Loritz, ZZP 106 (1993) 3, 10 f.; Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 101, Rn. 187.

¹⁰⁰⁰ So Seiler in Thomas/Putzo, § 922, Rn. 8.

Verfügungsgesuchen diskutiert wird¹⁰⁰¹ und sich Fragen einander widersprechender Verfügungsgesuche nach vorherrschender Rechtspraxis nur vereinzelt stellen. Entsprechende Konstellationen sind indes keineswegs ausschließlich im Verhältnis von neg. Feststellungsbegehren zu Leistungsbegehren möglich, was folgendes Beispiel verdeutlichen soll.

Es besteht eine Personengesellschaft A mit dem Gesellschafter B und einer weiteren Gruppe anderer Gesellschafter („C“). B und C geraten in Streit. Daraufhin schließen B und A einen Vertrag, wonach B zum Zeitpunkt X aus der Gesellschaft ausscheidet. Im Nachhinein streiten sich B und A über die Wirksamkeit des Austrittsvertrages. B hält den Vertrag für unwirksam und will weiter bei A mitwirken. Daraufhin erwirkt A eine e.V. gegen B, durch welche dieser zur Herausgabe des Schlüssels zum Firmengebäude verpflichtet wird. Das Gericht ist der Ansicht, dass der Vertrag wirksam ist, B damit kein Gesellschafter und damit auch nicht mehr zum Betreten des Firmengebäudes sowie zum Besitz des Schlüssels berechtigt ist. B bleibt drei Wochen untätig und beantragt dann eine e.V. gegen A mit dem Begehren, ihm seinen fälligen Anteil des Gewinns der Gesellschaft seit dem Zeitpunkt X auszubezahlen. Sein Begehren stützt B auf seine Stellung als Gesellschafter der A. Erging die erste e.V. in Form eines Urteils, wäre die Entscheidung des Zweiterichts nach der h.A. unkompliziert. Durch das rechtskräftige Urteil stünde (für das Verfügungsverfahren) fest, dass B nicht mehr Gesellschafter der A ist. Als tragender Grund der rechtskräftigen Entscheidung würde diese Feststellung in Rechtskraft erwachsen, mit Wirkung für das zweite Verfügungsverfahren. Das Verfügungsgesuch des B wäre zurückzuweisen, da er mangels Gesellschafterstellung keinen Anspruch auf Gewinnbeteiligung hat. Erging die erste e.V. hingegen in Beschlussform und könnte diese nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, so hätte das erste Verfahren keinen Einfluss auf das Zweitverfahren. Da beide Verfahren unterschiedliche Streitgegenstände betreffen, steht dem Zweitverfahren nicht das Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit entgegen. Trotz der bereits getroffenen gerichtlichen Feststellung, dass B nicht mehr Gesellschafter ist, könnte diese mangels Präjudizialität keine Wirkung für das Zweitverfahren entfalten. Das Zweitericht könnte nun im Widerspruch zu der Entscheidung des Erstgerichts zu dem Ergebnis gelangen, dass B, mangels wirksamen Austrittsvertrags, nach wie vor Gesellschafter der A ist und dementsprechend auch an dem erwirtschafteten Gewinn zu beteiligen ist. Es könnte damit zu dem widersprüchlichen Ergebnis kommen, dass es B untersagt wäre, das Firmengebäude zu betreten, er aber an dem erwirtschafteten Gewinn zu beteiligen wäre. In dieser Situation könnte es für B dann auch von Vorteil sein, wenn er keinen Widerspruch gegen die zu seinen Lasten ergangene Beschlussverfügung einlegen

¹⁰⁰¹ So bspw. Wieczorek/Schütze/*Thümmel*, Vor § 916, Rn. 16.

würde. So lange gegen diese kein Widerspruch eingelegt würde und damit kein der formellen und materiellen Rechtskraft fähiges Urteil erginge (§§ 925, 936 ZPO), könnten weder der Entscheidungsausspruch noch die tragenden Entscheidungsgründe in Rechtskraft erwachsen. Zwar könnte der Entscheidungsausspruch vollstreckt werden, die wesentlich umfangreichere Auswirkungen entfaltende Feststellung des Nichtbestehens der Gesellschafterstellung würde indes nicht bindend festgestellt. Dem Antragsteller wäre mit der Wahl des Beschlussverfahrens somit weniger gedient als mit einem Urteilsverfahren, obwohl das Beschlussverfahren gesetzlich als Privilegierung zugunsten des Anspruchstellers ausgestaltet ist.

Die Mindermeinung, welche die Rechtskraftfähigkeit von (stattgebenden) Beschlüssen verneint, hat zur Folge, dass gegenläufigen oder wiederholten Verfügungsgesuchen nach dem Erlass einer Beschlussverfügung allenfalls die negative Prozessvoraussetzung anderweitiger Rechtshängigkeit entgegen stehen kann, die dann neben dem Zeitraum von der Anhängigkeit des Verfügungsgesuchs bis zur Beschlussentscheidung auch den Zeitraum von der Beschlussentscheidung bis zum (regelmäßig niemals eintretenden) Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft des über den Widerspruch entscheidenden Urteils umfasst. Die Folge wäre, dass, sofern kein Widerspruch eingelegt wird und das Verfahren auch nicht auf anderem Weg beendet wird, alle stattgebenden Beschlussverfügungen dauerhaft rechtshängig bleiben.¹⁰⁰² Dies widerspricht der Rechtswirklichkeit nicht nur in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten, da Beschlussverfügungen, gerade wenn sie nicht aufgehoben werden, zu einer tatsächlichen Streitbeendigung führen. Zudem könnte das Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit auch lediglich Wirkung gegenüber Verfahren mit identischem oder kontradiktorischem Streitgegenstand entfalten. Auf Verfahren, die sich zwar in Widerspruch zu einer bereits getroffenen Entscheidung setzen, jedoch nicht den identischen oder kontradiktorischen Streitgegenstand betreffen, hat das Prozesshindernis keine Auswirkungen. Die Zuerkennung der Rechtskraftwirkung würde einander widersprechende Gerichtsentscheidungen hingegen durch ihre Präjudizialwirkung verhindern. Von den Vertretern der Mindermeinung werden diese Auswirkungen und die daraus resultierenden Unterschiede zwischen Urteils- und Beschlussverfügungen nicht näher beleuchtet.

¹⁰⁰² Vgl. Wieczorek/Schütze/Assmann, § 261, Rn. 46; a.A. Wieczorek/Schütze/Thümmel, vor § 916, Rn. 15, der ein Ende der Rechtshängigkeit durch den Erlass der Beschlussverfügung annimmt, stattgebenden Beschlussverfügungen aber zugleich die Fähigkeit zur Rechtskraft abspricht und hierdurch zeitliche Lücken schafft, in denen die mehrfache Befassung von Gerichten mit derselben Streitigkeit und die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen weder durch das Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit noch durch das der anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung verhindert werden können.

Folgt man der herrschenden und auch vorliegend befürworteten Ansicht, dass auch stattgebenden Beschlussverfügungen Rechtskraftwirkungen zukommen, so stellt sich die Anschlussfrage, zu welchem Zeitpunkt diese Wirkung eintritt. Eine stattgebende Beschlussverfügung wird mit der Zustellung an den Antragsgegner gemäß §§ 922 Abs. 2, 936 ZPO wirksam.¹⁰⁰³ Da e.V.'en¹⁰⁰⁴ wie auch Entscheidungen über die Abänderung e.V.'en¹⁰⁰⁵ aufgrund ihres Charakters als Maßnahmen des Eilrechtsschutzes ihren Einfluss stets ab dem Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit entfalten und stattgebenden Beschlussverfügungen als potentiell verfahrensbeendenden Entscheidungen regelmäßig gar kein weiterer Verfahrensschritt mehr nachfolgt¹⁰⁰⁶, kommt als Zeitpunkt, zu dem die Wirkung der e.V. eintritt, ausschließlich der Moment der Zustellung an den Antragsgegner in Betracht. Diese Kopplung des Zeitpunkts der Wirksamkeit mit dem der Entfaltung der Rechtswirkungen ist nicht (allein) auf die vorläufige Vollstreckbarkeit e.V.'en¹⁰⁰⁷ zurückzuführen. So kann bspw. die unmittelbare Geltung e.V.'en mit rechtsgestaltendem Inhalt nicht mit vorläufiger Vollstreckbarkeit begründet werden, da diese einer Vollstreckung nicht zugänglich sind. Die unmittelbare Geltung e.V.'en kann nur aus dem Sinn und Zweck e.V.'en als Instrument zur Gewährleistung effektiven Eilrechtsschutzes abgeleitet werden. Die Effektivität des Eilrechtsschutzes würde vermindert, wenn die Entfaltung der Rechtswirkungen die Endgültigkeit der Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes und damit deren Rechtskraft voraussetzen würde. Eine „vorläufige Endgültigkeit“ könnte nicht die Rechtssicherheit verschaffen, dass es zu keiner abweichenden Entscheidung mehr kommen kann. Dementsprechend entfalten alle Arten e.V.'en ihre Geltung ab dem Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit infolge Zustellung oder Urteilsverkündung. Eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Arten e.V.'en würde dem Umstand nicht gerecht, dass allen Arten gerichtlicher Entscheidungen ein Feststellungselement innewohnt und dieses Grundlage jeder Leistungs- und rechtsgestaltenden Anordnung ist. So kann bspw. bei rechtsgestaltenden e.V.'en die Wirkung der Feststellung, die Grundlage der rechtsgestaltenden Anordnung ist, nicht nach dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der rechtsgestaltenden Anordnung eintreten.

¹⁰⁰³ Berneke, Rn. 172; Spätgens in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 101, Rn. 108; Melullis, Rn. 238.

¹⁰⁰⁴ Zu rechtsgestaltenden Verfügungen siehe BAG, Urteil vom 07.03.1996, 2 AZR 432/95, NZA 1996, 930.

¹⁰⁰⁵ OLG Hamburg, Urteil vom 24.10.1996, 3 U 106/96, WRP 1997, 53, 54; OLG München, Beschluss vom 21.12.1999, 29 W 2861/99, NJWE-WettbR 2000, 147; OLG Frankfurt, Urteil vom 20.12.2001, 6 U 79/01, WRP 2002, 334; Ahrens/Bähr, Kap. 52, Rn. 42, m.w.N.; Schuschke/Walker, § 925, Rn. 11, m.w.N.; Teplitzky, Kap. 55, Rn. 14 f., m.w.N.; Zöller/Vollkommer, § 925, Rn. 10, m.w.N., § 927, Rn. 14, m.w.N.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Grunsky, JuS 1976, 277, 281, der zutreffend anführt, dass der Erlass der Eilentscheidung zum Abschluss des Verfahrens führt.

¹⁰⁰⁷ Schuschke/Walker, § 928, Rn. 2; § 935, Rn. 26.

ccc.) Bindungswirkung neg. Feststellungsverfügungen gegenüber gegenläufigen Unterlassungsverfügungsverfahren

Die Anwendung der oben herausgearbeiteten Ergebnisse auf gegenläufige Verfügungsverfahren führt zu folgendem Ergebnis.

Wie bei einer prioritär rechtshängigen LK führt die Anwendbarkeit der Rechtsinstitute der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft auf gegenläufige Verfügungsverfahren dazu, dass ein rechtshängiges Unterlassungsverfügungsverfahren gegenüber einem gegenläufigen Verfügungsgesuch auf neg. Feststellung zunächst den Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit begründet und ab dem Eintritt der Rechtskraft das Prozesshindernis anderweitiger rechtskräftiger Entscheidung hervorruft. Die Rechtslage zwischen Hauptsache- und Verfügungsverfahren unterscheidet sich lediglich insoweit, als nach h.A. die Rechtshängigkeit eines Verfügungsgesuchs, anders als bei einer Klage und entgegen §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO, nicht der Zustellung an den Gegner bedarf, sondern bereits mit Anhängigkeit (Eingang des Gesuchs bei Gericht) eintritt.¹⁰⁰⁸ Da das Verfügungsgesuch dem Antragsgegner in Beschlussverfahren nicht zugestellt wird, könnte das Verfahren nach allgemeinen Grundsätzen nicht rechtshängig werden.

Im Verhältnis prioritärer neg. Feststellungsbegehren zu Leistungsbegehren ist zu berücksichtigen, dass aus den unterschiedlichen Streitgegenständen folgt¹⁰⁰⁹, dass rechtshängige neg. Feststellungsverfahren kein Prozesshindernis zulasten von gegenläufigen Leistungsbegehren entfalten können. Eine entsprechende Anwendung der Rechtskraftwirkungen auf e.V.'en führt aber dazu, dass eine rechtskräftige neg. Feststellungsverfügung präjudizielle Bindungswirkung für nachfolgende Verfahren entfalten kann und ein Gericht, das über ein gegenläufiges Unterlassungsverfügungsgesuch zu entscheiden hat, von dieser Entscheidung nicht abweichen darf. Damit wäre es dem Anspruchsteller eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs nicht mehr möglich, diesen im Wege der Unterlassungsverfügung durchzusetzen.

Negative Feststellungsverfügungen sind, wie alle e.V.'en, der (beschränkten) materiellen Rechtskraft fähig und können damit eine präjudizielle Bindungswirkung in anderen Verfügungsverfahren erlangen, wenn die entschiedene Rechtsfrage dort Bedeutung erlangt. Diese Wirkung vermögen sowohl Urteils- als auch Beschlussverfügungen zu entfalten. Die

¹⁰⁰⁸ Siehe die Nachweise in Fn. 994.

¹⁰⁰⁹ So das Ergebnis der Anwendung des vorherrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs (Vgl. hierzu die Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) bbb.) aaaa.), S. 189 ff.

Schwächen von Feststellungsverfügungen¹⁰¹⁰ stehen dieser Wirkungsweise nicht entgegen. Weder die mangelnde Vollstreckbarkeit von Feststellungsentscheidungen noch die mangelnden Auswirkungen von Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes auf Hauptsacheverfahren erlangen Bedeutung.

Erwirkt ein Anspruchsgegner eine neg. Feststellungsverfügung in Beschlussform und stellt sie dem Anspruchsteller zu, entfaltet diese Entscheidung Bindungswirkung für gegenläufige Unterlassungsverfügungsverfahren. Diese hat zur Folge, dass ein mit dem Unterlassungsverfügungsgesuch befasstes Gericht dieses zurückweisen muss, da das Nichtbestehen des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs mit Bindungswirkung festgestellt wurde.

Selbige Wirkung kann eine neg. Feststellungsverfügung in Form eines Urteils entfalten. Wählt das befassende Gericht das Urteilsverfahren für die Austragung der neg. Feststellungsstreitigkeit, hat der Anspruchsteller aber die Möglichkeit, dem Erlass eines Urteils durch eine Beschlussverfügung zuvorzukommen. Das Urteilsverfahren setzt eine mündliche Verhandlung voraus, zu welcher der Antragsgegner zu laden ist, so dass er Kenntnis von dem gegnerischen Begehren erlangt. Der Zeitraum zwischen der Kenntniserlangung und der Entscheidung über das neg. Feststellungsverfügungsgesuch ist regelmäßig ausreichend, um zwischenzeitlich eine Unterlassungsverfügung im Beschlussweg zu erwirken. Diese ergeht regelmäßig binnen weniger Tage oder gar Stunden. Aufgrund der unterschiedlichen Streitgegenstände der beiden Verfahrensarten begründet ein rechtshängiges neg. Feststellungsverfügungsverfahren auch kein Prozesshindernis zulasten eines gegenläufigen Unterlassungsverfügungsverfahrens. Die Nichtanwendbarkeit der Lösung der Rspr. für kollidierende Klagen hat lediglich zur Folge, dass die Zulässigkeit des neg. Feststellungsverfügungsgesuchs nicht beeinträchtigt wird, tangiert aber nicht die Zulässigkeit des zeitlich nachfolgenden Unterlassungsverfügungsverfahrens. Ein Anspruchsteller, der bereits außergerichtlich zur Unterlassung der strittigen geschäftlichen Handlung aufgefordert hat, dürfte sich durch die Einleitung des gegenläufigen Verfahrens regelmäßig herausgefordert fühlen, selbst ein Unterlassungsverfügungsverfahren zu initiieren, um sich die Privilegierungen eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahrens zu sichern.

Wirksamen Schutz vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen kann sich ein Anspruchsgegner gegen den Willen des Anspruchstellers somit nur durch ein Beschlussverfahren verschaffen.

¹⁰¹⁰ Siehe hierzu die Ausführungen unter D.) III.) 1.), S. 143 ff.

ddd.) Berücksichtigung der Bindungswirkung in nachfolgenden Verfügungsverfahren in der Praxis

Die Berücksichtigung neg. Feststellungsverfügungen in gegenläufigen Unterlassungsverfügungsverfahren ist gewährleistet, wenn diese als Urteilsverfahren ausgetragen werden. Hier erhält der Anspruchsgegner stets rechtliches Gehör und kann die dem Unterlassungsbegehren entgegenstehende Bindungswirkung des neg. Feststellungsverfahrens vortragen. In Beschlussverfahren, bei denen auch darauf verzichtet wird, dem Anspruchsgegner die Möglichkeit der Stellungnahme einzuräumen¹⁰¹¹, kann die Beachtung möglicher entgegenstehender Entscheidungen sichergestellt werden, indem dem Antragsteller aufgegeben wird, glaubhaft zu machen, dass in Bezug auf sein Anspruchsbegehren keine entgegenstehenden gerichtlichen Entscheidungen ergangen sind. Diese Anforderung würde den bereits vorherrschenden Anforderungen an den Umfang der Glaubhaftmachung in Beschlussverfahren entsprechen. Danach hat der Antragsteller nicht nur die anspruchsbegründenden Tatsachen, sondern auch das Nichtvorliegen anspruchshindernder Tatsachen glaubhaft zu machen.¹⁰¹²

ee.) Alternative Ableitung des gefundenen Ergebnisses aus der Tatbestandswirkung e.V.'en

Obiges Ergebnis könnte sich zudem aus der Tatbestandswirkung e.V.'en ableiten lassen. Es ist fraglich, ob und insbesondere in welchem Umfang eine solche Wirkung e.V.'en anzuerkennen ist.¹⁰¹³ Der BGH hat e.V.'en in mehreren Entscheidungen sehr weitreichende Tatbestandswirkungen zugesprochen.¹⁰¹⁴ In seiner letzten Entscheidung zur Tatbestandswirkung¹⁰¹⁵ hat er deren Umfang eingeschränkt, von der Wirkung als solcher hat er sich indes nie distanziert.¹⁰¹⁶

¹⁰¹¹ Siehe zu der umstrittenen Möglichkeit, dem Antragsgegner das Verfügungsgesuch im Beschlussverfahren zur Stellungnahme zuzuleiten, Abschnitt A.) V.) 5.), S. 42 f. nebst den Nachweisen in Fn. 166.

¹⁰¹² Siehe Abschnitt B.) II.) 2.) b.), S. 101 f.

¹⁰¹³ Siehe hierzu auch *Starek*, S. 127 ff., 140 ff.

¹⁰¹⁴ BGH, Urteil vom 27.02.1951, I ZR 51/50, GRUR 1951, 334; Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 227/59, JZ 1961, 295, mit Anmerkung von *Dunz*; Urteil vom 16.06.1978, V ZR 73/77, NJW 1978, 2157.

¹⁰¹⁵ BGH, Urteil vom 16.06.1978, V ZR 73/77, NJW 1978, 2157.

¹⁰¹⁶ Vgl. *Starek*, S. 128.

aaa.) Rechtsprechung des BGH zur Tatbestandswirkung e.V.'en

Dem ersten Urteil des BGH zur Tatbestandswirkung e.V.'en¹⁰¹⁷ lag (verkürzt) folgender Sachverhalt zugrunde: Die spätere Beklagte hatte in der Berufungsinstanz eine e.V. gegen den Kläger erwirkt, durch die dem Kläger verboten werden sollte, auf einem bestimmten Gelände einen Geschäftsbetrieb zu errichten oder zu betreiben, der sich mit dem Verkauf bestimmter Waren befasst. Der Kläger erhob daraufhin Klage mit dem Antrag, die Beklagte zu verurteilen, den Kläger in der ungehinderten Ausübung der Verkaufstätigkeit in seiner eingerichteten Verkaufsstelle für bestimmte Waren nicht zu behindern, insbesondere nicht durch Verlangen nach Unterlassung der Ausübung des vorbezeichneten Handels.

Der BGH monierte zunächst, dass das Berufungsgericht die Frage der Zulässigkeit der Klage nicht problematisiert hatte. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des RG wies er darauf hin, dass eine Klage unzulässig sei, wenn sie darauf abziele, eine erlassene e.V. ihrer Wirksamkeit zu entkleiden. Die Aufhebung einer e. V. könne nur auf den in §§ 926, 927 ZPO vorgesehenen Verfahrenswegen erreicht werden, nicht aber durch Erhebung einer besonderen Klage. Da das Klagebegehren über den Zweck der Beseitigung der Wirkungen der einstweiligen Verfügung hinausgehe, könne die Klage aber nicht als unzulässig angesehen werden, zumal der Beklagten ganz allgemein untersagt werden sollte, den Kläger in der Ausübung seines Gewerbebetriebes zu stören.

Die Klage sei jedoch unbegründet. Voraussetzung der auf die §§ 823, 1004 BGB gestützten Unterlassungsklage sei ein mindestens objektiv widerrechtliches Verhalten der Beklagten. Dieses wolle der Kläger in dem Verlangen der Beklagten erblicken, seinen Gewerbebetrieb aufzugeben. Die Beklagte stütze sich aber in diesem Verlangen auf die rechtskräftige e.V., in der ihr das Recht zugesprochen worden ist, dem Kläger die Errichtung oder die Fortsetzung dieses Gewerbebetriebes als gegen die Grundsätze des lauterer Wettbewerbs verstoßend zu untersagen. Solange aber die einstweilige Verfügung bestehe, könne das Verlangen der Beklagten nicht rechtswidrig sein. Es erscheine auch nicht angängig, etwa nur die prozessuale Geltendmachung der Rechte aus der e. V. für zulässig, die Berühmung mit dem sachlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch dagegen als durch die e. V. nicht gedeckt anzusehen, denn es könne nicht widerrechtlich sein, wenn die Beklagte sich derjenigen Ansprüche berühme, zu deren Durchsetzung die ordentlichen Gerichte ihr eine, wenn auch nur vorläufige, so doch als solche rechtskräftige gerichtliche Anordnung an die Hand gegeben haben. Diese, sich aus dem Bestehen der e. V. ergebende Rechtsfolge habe nichts mit der Frage zu tun, ob eine e. V. überhaupt der inneren Rechtskraft fähig sei. In letzterer

¹⁰¹⁷ BGH, Urteil vom 27.02.1951, I ZR 51/50, GRUR 1951, 334.

Hinsicht habe das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, dass es einem Urteil im Verfahren über eine e. V., wegen des vorläufigen Charakters der mit diesem Verfahren bezweckten Maßnahmen, an der inneren Rechtskraft im Sinne des § 322 ZPO mangelt. Im vorliegenden Falle handle es sich jedoch um die reine Tatbestandswirkung der e.V., die, solange sie formell bestehe, dem Verhalten der Beklagten den Charakter der Rechtswidrigkeit nehme.

Dem zweiten Urteil des BGH¹⁰¹⁸ lag der nachfolgende Sachverhalt zugrunde: Die spätere Beklagte erwirkte eine e.V. gegen die Klägerin, durch die letzterer untersagt wurde, bestimmte Behauptungen über sie aufzustellen und zu verbreiten. Nach erfolglosem Widerspruch und erfolgloser Berufung erhob die Klägerin neg. FK mit dem Klageantrag festzustellen, dass der Beklagten aus den Behauptungen, die der e.V. zugrunde liegen, keine Unterlassungsansprüche zustehen.

Der BGH beurteilte die neg. FK unter Verweis auf o.g. Urteil als unzulässig. Die Klage richte sich ausschließlich gegen den Inhalt der prioritären e.V. und nicht gegen deren Bestand. Eine erfolgreiche Klage setze sich damit in unlösbaren Widerspruch zu dem Inhalt der e.V. und würde der Klägerin damit die Möglichkeit der Aufhebung nach § 927 ZPO eröffnen. Praktisch würde eine solche Klagemöglichkeit die Beseitigung der e.V. ermöglichen. Es sei jedoch nicht zulässig, dass der Verfügungsschuldner auf seine durch das Verfügungsverfahren geregelten Beziehungen zum Verfügungsgläubiger (hier der Beklagten) mit besonderer Klage im ordentlichen Verfahren einwirke. Die Literaturansicht, der Verfügungsschuldner könne auch selbst die Hauptsache durch Erhebung der neg. FK anhängig machen, sei zumindest in dem Fall abzulehnen, dass sie ausschließlich darauf abziele, die Wirkung der e.V. zu beseitigen. Den berechtigten Belangen des Klägers werde durch die im Achten Buch der ZPO vorgesehenen Möglichkeiten zur Aufhebung e.V.'en ausreichend und erschöpfend Rechnung getragen. Durch diese Bestimmungen werde klargestellt, dass die Beseitigung der e.V. nur durch Anträge gemäß §§ 926, 927 ZPO innerhalb des Verfügungsverfahrens angestrebt werden könne.

In dem aktuellsten Urteil des BGH zu dieser Thematik¹⁰¹⁹ stellt der 5. Zivilsenat die Rechtsprechung des 1. und des 8. Zivilsenats in Frage.¹⁰²⁰ Ein einleuchtender Grund, um dem Schuldner nur den Weg über die Fristsetzung nach § 926 ZPO zu eröffnen, um den Hauptprozess zu erzwingen, sei nicht erkennbar. Im Ergebnis spricht sich der 5. Zivilsenat

¹⁰¹⁸ BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 227/59, JZ 1961, 295, mit Anmerkung von *Dunz*.

¹⁰¹⁹ BGH, Urteil vom 16.06.1978, V ZR 73/77, NJW 1978, 2157.

¹⁰²⁰ Siehe BGH, Urteil vom 16.06.1978, V ZR 73/77, NJW 1978, 2157, 2158.

nicht gegen die Rechtsprechung der anderen beiden Senate aus, sondern erkennt eine Ausnahme für den Fall an, dass die beiden Verfahren nicht (nur) dieselbe Anspruchsgrundlage betreffen, sondern das streitige Rechtsverhältnis zwischen den Parteien umfassend geklärt werden soll. In der zu entscheidenden Streitigkeit war dies der Fall, da die Berechtigung zur Nutzung eines Grundstücks nicht nur, wie im Verfügungsverfahren, unter possessorischen Gesichtspunkten, sondern umfassend unter Einbeziehung auch petitorischer Ansprüche geklärt werden sollte.

bbb.) Kritik an der postulierten Tatbestandswirkung

Kritisiert wird an der Rechtsprechung des BGH zur Tatbestandswirkung e.V.'en einerseits, dass dem Verfügungsschuldner die unmittelbare Klagemöglichkeit abgeschnitten werde und er ein Hauptsacheverfahren somit nur im Wege eines Antrags nach § 926 ZPO initiieren könne.¹⁰²¹ Andererseits wird eingewandt, dass eine e.V. aufgrund des Verhältnisses von Eilverfahren zu Hauptsacheverfahren, nach dem Hauptsacheentscheidungen einen höheren Rang als Eilentscheidungen einnehmen, keinen Einfluss auf Hauptsacheverfahren haben können.¹⁰²² Damit beschränkt sich die Kritik im Wesentlichen auf die postulierte Wirkung einer Entscheidung des vorläufigen Rechtsschutzes auf Hauptsacheverfahren. Mittlerweile spricht sich die h.A. in der Literatur wie auch die höchstrichterliche Rechtsprechung dafür aus, eine neg. FK als statthaften Rechtsbehelf gegen eine e.V. anzuerkennen.¹⁰²³ Kritik an den vertretenen Wirkungen einer Gerichtsentscheidung auf gegenläufige Begehren ist hingegen nicht aufgekommen.

ccc.) Tatbestandswirkung im Verhältnis zu gegenläufigen Verfügungsverfahren

Entnimmt man e.V.'en eine Tatbestandswirkung, und damit eine Bindungswirkung gegenüber anderweitigen Entscheidungen, im Verhältnis zu Hauptsacheverfahren, so muss diese Wirkung erst recht im Verhältnis zu anderen e.V.'en eingreifen. Die seitens des BGH mit der Anerkennung der Tatbestandswirkung verfolgten Ziele, einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern¹⁰²⁴ und keine Angriffsmöglichkeiten gegen existierende Entscheidungen durch die Initiierung von Zweitverfahren anstatt durch verfahrensrechtlich vorgesehene Rechtsbehelfe zu eröffnen, kann hier gleichermaßen erreicht werden.¹⁰²⁵ Es

¹⁰²¹ *Dunz*, JZ 1961, 296; *Baur*, S. 80 f.

¹⁰²² *Dunz*, JZ 1961, 296; *Baur*, S. 80 f.

¹⁰²³ Siehe die Nachweise unter Fn. 501.

¹⁰²⁴ BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 227/59, JZ 1961, 295, mit Anmerkung von *Dunz*.

¹⁰²⁵ BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 227/59, JZ 1961, 295 f.; Urteil vom 27.02.1951, I ZR 51/50,

entspricht dem Charakter e.V.'en, dass sie Wirkungen auf der Ebene des vorläufigen Rechtsschutzes hervorrufen. Erkennt man eine solche Wirkung gegenüber höherrangigen Entscheidungen an, so muss die Tatbestandswirkung erst recht im Verhältnis zu gleichrangigen Entscheidungsformen eingreifen. Im Verhältnis zu anderen Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes entfallen auch die Ansatzpunkte für die oben aufgeführte Kritik.

ddd.) Tatbestandswirkung bei feststellendem Entscheidungsausspruch

Im Zusammenhang mit vorliegender Untersuchung stellt sich die Frage, ob auch einer Feststellungsverfügung Tatbestandswirkungen zukommen würden. Dem könnten die Unterschiede von Feststellungsverfügungen gegenüber anderen Arten e.V.'en entgegenstehen. In allen o.g. Entscheidungen des BGH wurde Unterlassungsverfügungen eine Tatbestandswirkung zuerkannt. Unterlassungsverfügungen sind Befriedigungsverfügungen, die auf einer Feststellung der bestehenden Rechtslage beruhen und einen darauf aufbauenden, vollstreckbaren Leistungsausspruch zum Ziel haben.

Die besonderen Wirkungen von e.V.'en mit rechtsgestaltenden Anordnungen können demnach nicht Voraussetzung für die Entfaltung der Tatbestandswirkung sein. Unterlassungsverfügungen bewirken keine Umgestaltung der Rechtslage, sondern stellen eine bestehende Rechtslage lediglich fest und schaffen die Möglichkeit ihrer zwangsweisen Durchsetzung.

Feststellungsverfügungen sind als Befriedigungsverfügungen zu qualifizieren¹⁰²⁶, die auf einer Feststellung der bestehenden Rechtslage beruhen und deren Wirkung sich in der verbindlichen Feststellung erschöpft. Im Gegensatz zu Unterlassungsverfügungen sind sie nicht vollstreckbar. Die vom BGH postulierte Tatbestandswirkung stellt indes nicht auf die Vollstreckbarkeit der Entscheidung ab und setzt demnach auch nicht deren Existenz voraus. Entscheidend ist, ob eine prioritäre Eilentscheidung und ein späteres Begehren inhaltlich miteinander vereinbar sind oder in unlösbarem Widerspruch zueinander stehen.¹⁰²⁷ Insofern bestehen keine Unterschiede zwischen einer Unterlassungsverfügung und einer Feststellungsverfügung, beide sind gleichermaßen geeignet, in inhaltlichem Widerspruch zu

GRUR 1951, 334.

¹⁰²⁶ MüKoZPO/Drescher, § 938, Rn. 44; Kohler, ZJP 103 (1990) 184, 189.

¹⁰²⁷ BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 227/59, JZ 1961, 295, mit Anmerkung von Dunz.

anderen Entscheidungen zu stehen. Der Charakter feststellender e.V.'en steht der Entfaltung einer Tatbestandswirkung daher nicht entgegen.¹⁰²⁸

eee.) Anknüpfungsmoment der Tatbestandswirkung bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten

Die Tatbestandswirkung einer gerichtlichen Entscheidung entfaltet ihre Wirkung, wo sie tatbestandlich von Relevanz ist.¹⁰²⁹ Da die tatbestandliche Relevanz somit Voraussetzung für die Entfaltung der Tatbestandswirkung ist, stellt sich die Frage, wie eng oder weit dieses Kriterium zu ziehen ist.

In seiner ersten Entscheidung zur Tatbestandswirkung¹⁰³⁰ stellte der BGH darauf ab, dass die streitgegenständliche Unterlassungsklage auf die §§ 823, 1004 BGB gestützt wurde und diese Anspruchsgrundlagen tatbestandlich ein zumindest objektiv widerrechtliches Verhalten voraussetzen. Ein rechtswidriges Verhalten könne nicht vorliegen, solange die gegenläufige Unterlassungsverfügung existiere. Mit dem Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit existierte für diese Rechtsstreitigkeit eine Voraussetzung, an welche die seitens des BGH postulierte Tatbestandswirkung anknüpfen konnte.

Die darauffolgende Entscheidung¹⁰³¹ des BGH hatte eine neg. FK zum Gegenstand. Der BGH wies die Klage wiederum aufgrund der Tatbestandswirkung der entgegenstehenden Unterlassungsverfügung ab. Ein Tatbestandsmerkmal einer Anspruchsgrundlage, Einwendung oder Einrede, an dem die Tatbestandswirkung unmittelbar hätte anknüpfen können, stand hier nicht zur Verfügung. Der BGH stellte darauf ab, dass sich Erst- und Zweitentscheidung inhaltlich in einen unlösbaren Widerspruch zueinander setzen würden. Dieser Formulierung könnte sich eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf vorgreifliche

¹⁰²⁸ *Starek*, S. 147 f., vertritt hingegen die abweichende Ansicht, dass die Zuerkennung einer Tatbestandswirkung nicht ausreiche, um eine Feststellungsverfügung mit dieser Wirkung als statthaft anzusehen. Da die Tatbestandswirkung als Nebenfolge einer gerichtlichen Entscheidung qualifiziert werde, könne sie nicht das primäre Ziel des Rechtsschutzes sein. Dem ist entgegenzuhalten, dass Ziel eines Feststellungsbegehrens stets der Erlass einer rechtsverbindlichen Entscheidung ist. Die Verbindlichkeit von Feststellungsentscheidungen resultiert im Regelfall aus der Rechtskraft, kann nach der vorliegend durch den BGH vertretenen Ansicht aber auch aus einer Tatbestandswirkung resultieren. Weshalb diese Wirkung nicht als ausreichend für die Anerkennung der Statthaftigkeit von Feststellungsverfügungen anzusehen sein soll, obwohl sie dem Begehren des Rechtsschutzsuchenden entspricht, leuchtet nicht ein.

¹⁰²⁹ Vgl. bspw. BGH, Urteil vom 28.11.1991, I ZR 297/89, GRUR 1992, 203, 205 - *Roter mit Genever*, Tatbestandswirkung des eine e.V. aufhebenden Urteils i.R.v. § 945 ZPO; siehe zur Tatbestandswirkung in dieser Konstellation auch *Teplitzky*, NJW 1984, 850, 852; *Starek*, S. 141 ff.

¹⁰³⁰ BGH, Urteil vom 27.02.1951, I ZR 51/50, GRUR 1951, 334, 335.

¹⁰³¹ BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 227/59, JZ 1961, 295.

Fragen entnehmen lassen, denn inhaltliche Widersprüche können sich zwischen zwei Entscheidungen unabhängig von der Formulierung von Anspruchsgrundlagen, Einwendungen oder Einreden ergeben.

In Bezug auf die vorliegend begutachtete Konstellation, e.V.'en auf neg. Feststellung im Lauterkeitsrecht, wirken sich die unterschiedlichen Entscheidungsbegründungen nicht aus. E.V.'en auf neg. Feststellung käme auf Grundlage beider Entscheidungen eine Tatbestandswirkung gegenüber gegenläufigen Unterlassungsverfügungen zu. Da beide Verfahren denselben Unterlassungsanspruch zum Gegenstand haben und auf entgegengesetzte Ergebnisse abzielen, würde eine Unterlassungsverfügung in einem unlösbaren inhaltlichen Widerspruch zu einer älteren neg. Feststellungsverfügung stehen. Mit dem Tatbestandsmerkmal der nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässigen geschäftlichen Handlung (vgl. den Wortlaut des § 8 Abs. 1 UWG) weist der lauterkeitsrechtliche Unterlassungsanspruch zudem auch eine Tatbestandsvoraussetzung auf, an welche die Tatbestandswirkung einer neg. Feststellungsverfügung anknüpfen könnte. Wird durch eine e.V. festgestellt, dass eine bestimmte geschäftliche Handlung nicht unzulässig ist, so würde die Tatbestandswirkung dieser Entscheidung dazu führen, dass dieselbe geschäftliche Handlung i.R. eines gegenläufigen Unterlassungsverfügungsverfahrens nicht als unzulässig bewertet werden dürfte.¹⁰³²

fff.) Identität der Ergebnisse

Im Ergebnis würde die Tatbestandswirkung von neg. Feststellungsverfügungen somit zum identischen Ergebnis führen wie die obige Lösung über die präjudizielle Wirkung. Die Existenz einer älteren neg. Feststellungsverfügung würde der Zulässigkeit eines Unterlassungsverfügungsgesuchs nicht entgegenstehen, da mit dem Unterlassungsgesuch nicht nur die Beseitigung der entgegengesetzten Feststellung, sondern zusätzlich ein vollstreckbarer Entscheidungsausspruch begehrt wird.¹⁰³³ Da sich die Zuerkennung des Unterlassungsanspruchs jedoch in einen inhaltlichen Widerspruch zu der bestehenden neg.

¹⁰³² A.A. *Starek*, S. 148 und 140 ff., der dies damit begründet, dass Feststellungsverfügungen im Gegensatz zu Unterlassungsverfügungen nicht vollstreckbar sind und sie damit auch keine Duldungspflicht begründen können, was der Entfaltung der Tatbestandswirkung entgegen stehe. Hierbei nimmt er Bezug auf das erste Urteil des BGH (Urteil vom 27.02.1951, I ZR 51/50, GRUR 1951, 334), in dem dieser darauf abstellt, dass ein durch eine Unterlassungsverfügung gedecktes Verhalten nicht widerrechtlich i.S.v. § 1004 BGB sein könne. Der BGH stellt indes in keiner der o.g. Entscheidungen auf eine Duldungsverpflichtung ab. Maßgeblich ist den Entscheidungen zufolge, ob das angestrebte Ergebnis des Zweitverfahrens mit dem Ergebnis der ersten Entscheidung in einen inhaltlichen Widerspruch stehen kann. Ein solcher Widerspruch kann sich bei allen Arten gerichtlicher Entscheidungen ergeben.

¹⁰³³ Vgl. BGH, Urteil vom 27.02.1951, I ZR 51/50, GRUR 1951, 334 f.

Feststellung setzen würde, könnte i.R. eines gesonderten Unterlassungsverfahrens keine abweichende Entscheidung getroffen werden.¹⁰³⁴

ggg.) Stellungnahme zur Ableitung des Ergebnisses aus der Tatbestandswirkung e.V.'en

Dass sich das oben herausgearbeitete Ergebnis auch auf einem zweiten Begründungsweg herleiten lässt, macht deutlich, dass neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht einen nützlichen Anwendungsbereich haben können und dem Anspruchsgegner zu wirksamem Schutz verhelfen können.

Aus dogmatischer Sicht erscheint die Ableitung aus der Präjudizialwirkung gegenüber derjenigen aus der Tatbestandswirkung vorzugswürdig. Die Rechtsinstitute der Rechtshängigkeit, Rechtskraft und Präjudizialität sind ausdifferenzierter und ermöglichen damit eine präzisere Bestimmung prozessualer Auswirkungen als die Tatbestandswirkung.

d.) E.V.'en auf Duldung geschäftlicher Handlungen als Alternative zu neg. Feststellungsverfügungen

Eine e.V. auf neg. Feststellung wäre obsolet, wenn einem Anspruchsgegner eine andere Option offen stünde, durch die er sich wirksam vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen schützen könnte. Dies wäre beispielweise der Fall, wenn dem Anspruchsgegner gegen den Anspruchsteller seinerseits Ansprüche auf Duldung der geschäftlichen Handlung zustünden, er diese im Wege der e.V. durchsetzen könnte und sie ihm einen wirksamen Schutz vor ungerechtfertigten, gegenläufigen Unterlassungsverfügungen verschaffen würden. In diesem Fall wären die Parteirollen austauschbar. Jeder Beteiligte könnte Ansprüche gegen die andere Partei geltend machen, hätte damit die Möglichkeit, sein Begehren im Wege der e.V. durchsetzen zu können und käme so in den Genuss der Privilegierungen des Verfügungsverfahrens für den Antragsteller.

Wenngleich partiell der Eindruck erweckt wird¹⁰³⁵, als begründe jeder (vermeintliche) Unterlassungsanspruch bzw. jedes unberechtigte Unterlassungsbegehren im Gegenzug einen selbstständig durchsetzbaren Duldungsanspruch, wie er für ein Rechtsschutzverfahren auf Duldung von Handlungen erforderlich wäre¹⁰³⁶, so kann hiervon - jedenfalls im Lauterkeitsrecht - keine Rede sein.

¹⁰³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 227/59, JZ 1961, 295.

¹⁰³⁵ Vgl. Kohler, ZZP 103 (1990) 184, 200 ff.

¹⁰³⁶ Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 80 f.

Dies hat zur Folge, dass dem Anspruchsgegner, der unlauterer geschäftlicher Handlungen beschuldigt wird, der Zugang zu zivilprozessualen Eilrechtsschutz nach vorherrschender Rechtsansicht verwehrt bleibt. Die Folge ist eine pauschale Benachteiligung der Anspruchsgegner. Eine gleichwertige Möglichkeit des Zugangs zu zivilprozessualen Eilrechtsschutz kann Anspruchsgegnern eine neg. Feststellungsverfügung verschaffen. Eine gleichwertige Alternative in Form einer Duldungsverfügung besteht nicht.

e.) Verhältnis zum Rechtsinstitut der Schutzschrift

Eine Schutzschrift dient der Verteidigung gegen die Durchsetzung fremder unberechtigter Anspruchsbegehren im Wege der e.V. Selbiges gilt für eine e.V. auf neg. Feststellung als Abwehrmaßnahme gegen Unterlassungsverfügungen. Aufgrund dieser gemeinsamen Zielrichtung stellen sich die Fragen, ob ein eigener Rechtsbehelf des Anspruchsgegners neben der Möglichkeit zur Einreichung einer Schutzschrift weitere Vorteile bringt und, sofern dies der Fall sein sollte, ob ein Bedürfnis nach einem weiterreichenden Rechtsbehelf besteht.

aa.) Vorteil einer e.V. auf neg. Feststellung im Vergleich zu einer Schutzschrift

Während eine Schutzschrift ausschließlich als passives Verteidigungsinstrument fungiert, ermöglichen neg. Feststellungsbegehren (gleich ob in Form einer Klage oder eines Verfügungsgesuchs) es einem Anspruchsgegner, eigeninitiativ eine Klärung herbeizuführen.¹⁰³⁷

Die regelmäßig massenhaft versandten Schutzschriften führen zunächst nur dazu, dass sie vom Gericht entgegengenommen, registriert und abgelegt werden. Der Vorgang ist für das Gericht damit vorerst erledigt. Die Schutzschrift wird für die folgenden sechs Monate aufbewahrt. Geht binnen dieses Zeitraums ein korrespondierendes Verfügungsgesuch ein, hat der Spruchkörper den Inhalt der Schutzschrift zur Kenntnis zu nehmen und im Falle der Erheblichkeit zugunsten oder zulasten des Absenders zu berücksichtigen. Für den Absender kann diese partielle Beteiligung bereits von erheblichem Vorteil sein. Insbesondere in der zugespitzten Situation, wie sie lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen zugrunde liegt, in denen e.V.'en regelmäßig im Beschlussweg ohne Beteiligung des Antragsgegners erlassen werden und sehr weitreichende und einschneidende Wirkungen haben können, wird ein Antragsgegner, der davon ausgeht, zu Unrecht in Anspruch genommen zu werden,

¹⁰³⁷ Bernreuther, WRP 2010, 1190, 1194.

jede Möglichkeit der potentiellen Einflussnahme auf das Verfügungsverfahren nutzen. Wie bereits dargelegt¹⁰³⁸, handelt es sich bei der Schutzschrift allerdings nicht um ein geplantes und auf einer sorgfältigen Interessenabwägung des Gesetzgebers beruhendes Instrument der Rechtsverteidigung, sondern um ein aus der Not geborenes Instrument, durch das eine gesetzlich nicht vorgesehene, partielle Verfahrensbeteiligung erzwungen werden kann. Während Gerichte und Antragsteller durch die Wahl des Beschlussverfahrens, bzw. des Antrags auf Wahl des Beschlussverfahrens, auf eine schnellstmögliche Entscheidung ohne vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs abzielen, ermöglicht es das Instrument der Schutzschrift dem potentiellen Antragsgegner, sich rechtliches Gehör einseitig zu erzwingen.

Auch wenn die Schutzschrift auf diesem Weg eine Beteiligung des potentiellen Antragsgegners ermöglicht, bleibt diese doch unvollkommen.¹⁰³⁹ Dieser kann nur zu einem antizipierten und nicht zu dem tatsächlichen gegnerischen Vortrag Stellung beziehen.¹⁰⁴⁰ Falls dem Verfügungsgesuch eine Abmahnung vorausgeht, wird der Antragsgegner im Regelfall zumindest wissen, welches Verhalten er zukünftig nach dem Willen des Anspruchstellers zu unterlassen hat; das Abmahnschreiben wird aber regelmäßig weit weniger umfangreich und ausführlich als ein Unterlassungsverfügungsgesuch sein und insbesondere keine detaillierte rechtliche Begründung oder einen mit Nachweisen belegten Sachvortrag enthalten, zu denen in einer daraufhin verfassten Schutzschrift dezidiert Stellung bezogen werden könnte. Aufgrund der lediglich unvollkommenen Gewährung rechtlichen Gehörs, durch die Kenntnisnahme des Gerichts von der Schutzschrift, führt dies auch nicht zur Erfüllung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.¹⁰⁴¹ Insbesondere wird der Antragsgegner am nachfolgenden Verfahren nur beteiligt, wenn das Gericht auf die Schutzschrift hin das Urteilsverfahren wählt. Andernfalls wird das Verfahren als einseitiges Verfahren fortgeführt.

Aus dem Vorteil einer Schutzschrift, sich zumindest zu einem antizipierten Sachvortrag äußern zu können, vermögen im Gegenzug auch bislang wenig beachtete Gefahren für den Antragsgegner erwachsen.¹⁰⁴²

¹⁰³⁸ Siehe S. 44 f.

¹⁰³⁹ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 175.

¹⁰⁴⁰ *Walker*, Rn. 609.

¹⁰⁴¹ Siehe die Nachweise unter Fn. 175.

¹⁰⁴² Siehe diesbezüglich Abschnitt A.) V.) 5.), S. 48 f.

Einen Nachteil nicht zulasten der beteiligten Parteien, sondern zulasten der Justiz in ihrer Gesamtheit begründet die Ineffizienz des Rechtsinstituts der Schutzschrift. Sofern der „fliegende Gerichtsstand“ eröffnet ist, werden Schutzschriften regelmäßig bundesweit flächendeckend und damit massenhaft versandt. Teilweise an mehrere zuständige Kammern eines zuständigen Gerichts. Der Antragsteller hingegen kann sein Verfügungsgesuch nur vor einem Spruchkörper in zulässiger Weise anbringen. Der weitaus größte Anteil versandter Schutzschriften kann dem Anspruchsgegner damit tatsächlich keinen Vorteil verschaffen, was diesem auch bewusst ist, nimmt aber die Ressourcen der Justiz in Anspruch. Die Problematik wurde durch die Einrichtung des Zentralen Schutzschriftenregisters abgemildert, besteht aber in eingeschränktem Umfang nach wie vor¹⁰⁴³.

Ein Vorteil von Schutzschriften gegenüber Verfügungsgesuchen besteht darin, dass diese gegen potentielle und namentlich noch nicht bekannte Antragsteller (gegen „unbekannt“) eingereicht werden können.¹⁰⁴⁴ Eine derartige Möglichkeit besteht in keinem anderen zivilprozessualen Rechtsschutzverfahren. Dieser Vorteil ist indes von geringer Reichweite. Der Erforderlichkeit eines Verfügungsverfahrens auf neg. Feststellung steht er aufgrund der angeführten Gesichtspunkte nicht entgegen. Dieses Privileg, das Schutzschriften zugestanden wird, ließe sich mit den Vorteilen einer e.V. auf neg. Feststellung kombinieren. So wäre es unter anderem möglich, bereits im Vorfeld einer geschäftlichen Handlung, bei der zu befürchten ist, dass sie als unlauter beanstandet wird, Schutzschriften einzureichen, um zu verhindern, dass ein Gegner sofort versucht, gegen diese eine Unterlassungsverfügung ohne jegliche Beteiligung und vorherige Kontaktaufnahme zur Gegenpartei zu erwirken. Hierfür ist weder erforderlich, dass eine konkrete Person benannt werden kann, bei der davon auszugehen ist, dass sie gegen den Anspruchsgegner vorgehen wird, noch bestehen besondere Zulässigkeitserfordernisse, wie beispielsweise das Feststellungsinteresse bei einer neg. FK, die voraussetzen, dass tatsächliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine bestimmte Person mit einem gewissen Grad an Wahrscheinlichkeit gegen den Anspruchsgegner im Wege der e.V. vorgehen wird. Sobald dem Anspruchsgegner bekannt wird, wer die geschäftliche Handlung als unlauter beanstandet und beabsichtigt, gegen den Anspruchsgegner vorzugehen, bietet sich diesem die Möglichkeit, aktiv im Wege einer e.V. auf neg. Feststellung gegen den Anspruchsteller vorzugehen und sich ab diesem Zeitpunkt die Vorteile dieses Rechtsinstituts gegenüber dem der Schutzschrift zunutze zu machen.

¹⁰⁴³ Siehe S. 44 f.

¹⁰⁴⁴ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 171.

bb.) Bedürfnis des Anspruchsgegners nach weiterreichendem Schutz

Die gesetzlich vorgesehenen Instrumente zum Ausgleich der Privilegierungen des Antragstellers eines Verfügungsverfahrens, wie die Rechtsbehelfe der §§ 924 ff. i.V.m. § 936 ZPO und die verschuldensunabhängige Haftung nach § 945 ZPO, sind als Rechtsbehelfe bzw. Kompensationsmaßnahmen naturgemäß nicht geeignet, einen Anspruchsgegner auf der Ebene des Primärrechtsschutzes vor einer widerrechtlichen Beeinträchtigung seiner unternehmerischen Betätigung zu schützen.

Hierfür bleibt einem Anspruchsgegner nach vorherrschender Rechtspraxis ausschließlich das Instrument der Schutzschrift.

Aufgrund ihrer o.g. Schwächen ist die Schutzschrift weder geeignet, einem Anspruchsgegner vollwertiges rechtliches Gehör zu verschaffen, noch ihn im Übrigen wirksam vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen und daraus resultierenden Schädigungen zu bewahren.¹⁰⁴⁵ Die Schutzschrift verhilft dem Anspruchsgegner zu eingeschränktem rechtlichen Gehör, ist aber ansonsten nicht geeignet, den weiteren Benachteiligungen des Anspruchsgegners im Verfügungsverfahren entgegenzuwirken oder dem Anspruchsgegner gar eine gleichwertige Verfahrensstellung zu verschaffen. Diese Folge mag für Anspruchsgegner oftmals vorteilhaft sein und stellt nach vorherrschender Rechtspraxis die einzige Möglichkeit dar, um dem Erlass von Unterlassungsverfügungen entgegenzuwirken, allerdings kann die Schutzschrift im Gegenzug auch Nachteile mit sich bringen und vermag die mit der Stellung als Antragsgegner verbundenen Nachteile gegenüber dem Antragsteller nicht aufzuwiegen oder gar eine prozessuale Gleichbehandlung herbeizuführen.

Dementsprechend besteht auch unter Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Schutzschrift ein Bedürfnis nach Rechtsinstrumenten, die einen wirksamen Schutz vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen gewährleisten können.

Vergleicht man die Situation von Anspruchsteller und Anspruchsgegner, so fällt auf, dass das Instrument zur Gewährleistung von Primärrechtsschutz für den Anspruchsteller, der materielle Unterlassungsanspruch, überragende Bedeutung genießt. Es handelt sich um den wichtigsten lauterkeitsrechtlichen Anspruch.¹⁰⁴⁶ Dem Schutz der geschäftlichen Betätigung

¹⁰⁴⁵ A.A. wohl *Kohler*, ZZP 103 (1990) 184, 203, der ohne nähere Begründung die Ansicht vertritt, dass eine Schutzschrift dem Verteidigungsinteresse des Anspruchsgegners genügen könne.

¹⁰⁴⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 9.

des Anspruchstellers gegen Beeinträchtigungen an sich wird hier größere Bedeutung beigemessen als der oftmals nicht bezifferbaren¹⁰⁴⁷ Kompensation erlittener Beeinträchtigungen. Für den Anspruchsgegner kann der drohende Erlass einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung eine ähnlich gravierende Bedrohung seiner geschäftlichen Tätigkeit darstellen, wie in der korrespondierenden Situation die Vornahme einer unlauteren geschäftlichen Handlung¹⁰⁴⁸. Auch können sich i.R.d. Kompensation, gemäß § 9 UWG bzw. § 945 ZPO, für beide Beteiligten ähnliche Probleme bei der Schadensbeurteilung ergeben. Während dem Schutzbedürfnis des Anspruchstellers indes Rechnung getragen wird und sich Unterlassungsverfügungen großer Beliebtheit erfreuen, mangelt es dem Anspruchsgegner nach vorherrschender Rechtspraxis an einer Möglichkeit des effektiven Primärrechtsschutzes gegen ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen.¹⁰⁴⁹

f.) Schutzzumfang einer vorläufigen neg. Feststellungsentscheidung

Die Reichweite des Schutzes von Gerichtsentscheidungen vor abweichenden Entscheidungen durch das Prozesshindernis der anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung bzw. der Präjudizialwirkung bemisst sich nach dem Umfang des Streitgegenstandes und damit auch nach dem Sachverhalt, der dem Gericht zur Entscheidung unterbreitet wurde¹⁰⁵⁰.

Dementsprechend ist auch die Reichweite des durch neg. Feststellungsverfügungen gewährleisteten Schutzes von dem Umfang des Sachvortrags des Anspruchsgegners abhängig. Um möglichst umfassenden Schutz vor gegenläufigen Unterlassungsverfügungen gewährleisten zu können, ist es daher erforderlich, dass das Verfügungsgesuch des Anspruchsgegners den der Streitigkeit zugrunde liegenden Sachverhalt möglichst vollumfänglich abdeckt. Bei Zweifeln über die Erheblichkeit von Tatsachen sollte der Sachverhalt im Verfügungsgesuch daher eher weitläufiger und detaillierter als zu eng gefasst dargelegt werden.

Im Vergleich zu Hauptsacheurteilen ist die Rechtsbeständigkeit von Eilentscheidungen ohnehin reduziert, was insbesondere aus § 927 ZPO resultiert¹⁰⁵¹. Da Eilentscheidungen von

¹⁰⁴⁷ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 7.), S. 51 ff.

¹⁰⁴⁸ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 264.

¹⁰⁴⁹ Vgl. *Bernreuther*, WRP 2010, 1190, 1194; BGH, Urteil vom 25.02.2010, VII ZR 187/08, NJW-RR 2010, 750, 751, Tz. 13.

¹⁰⁵⁰ Siehe zum zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff die Ausführungen und Nachweise unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) bbb.) aaaa.), S. 189 ff.

¹⁰⁵¹ *Stürmer*, ZJP 125 (2012) 3, 16.

Gesetzes wegen nicht dazu bestimmt sind, Streitigkeiten endgültig beizulegen, sichert das Rechtsinstitut der Rechtskraft in Eilverfahren nur eine „vorläufige Endgültigkeit“ ab. Daher können Durchbrechungen der Rechtskraft bei Eilentscheidungen eher hingenommen werden, als dies bei Hauptsacheentscheidungen der Fall ist.

Im Lauterkeitsrecht wirkt sich diese Besonderheit oftmals nicht aus, wenn durch das Verfügungsverfahren in der Sache bereits vollendete Tatsachen geschaffen werden¹⁰⁵² oder die Parteien die Eilentscheidungen aus anderen Gründen hinnehmen¹⁰⁵³.

2.) E.V. auf neg. Feststellung als Instrument zur Erzwingung einer Beteiligung des Anspruchsgegners an dem Verfahren

Über den weitaus größten Anteil lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsverfügungsgesuche wird im Beschlussverfahren entschieden.¹⁰⁵⁴

Die ZPO verfolgt mit der Möglichkeit der Durchführung von Verfügungsverfahren in Beschlussverfahren primär die Ziele, eine Möglichkeit der besonders raschen Titulierung zur Verfügung zu stellen und durch die unterbleibende Beteiligung des Antragsgegners eine Möglichkeit der Überraschung desselben zu schaffen.¹⁰⁵⁵

Die Entscheidung des Gerichts, das Verfügungsverfahren als Beschlussverfahren durchzuführen, hat für die Beteiligten erhebliche Folgen.

a.) Bedeutung der Wahl der Verfahrensart nach § 937 Abs. 2 ZPO für die Parteien in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten

Für einen Anspruchsteller kann die Durchführung eines Beschlussverfahrens, aufgrund der kürzeren Verfahrensdauer im Vergleich zu einem Urteilsverfahren, die einzige Möglichkeit darstellen, um einen geltend gemachten Anspruch rechtzeitig durchsetzen zu können. Dies kann beispielsweise bei geschäftlichen Handlungen der Fall sein, die nur einmal durchgeführt werden sollen und deren Vornahme unmittelbar bevor steht. Andererseits kann das Beschlussverfahren für einen Anspruchsteller auch die einzige prozessuale Möglichkeit darstellen, um einen Anspruch überhaupt durchsetzen zu können. Die Einseitigkeit des

¹⁰⁵² Vgl. diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 9.), S. 56 ff.

¹⁰⁵³ Vgl. diesbezüglich die Ausführungen unter A.) V.) 4.), S. 38 ff.

¹⁰⁵⁴ Siehe die Nachweise unter Fn. 20.

¹⁰⁵⁵ Siehe die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) ee.), S. 85 ff. und B.) II.) 1.) b.) ff.), S. 89 ff.

Verfahrens führt zu einer massiven Begünstigung des Antragstellers im Vergleich zu einem Urteilsverfahren. Wird der Anspruchsgegner an dem Verfügungsverfahren nicht beteiligt, erschwert ihm dies die Rechtsverteidigung ganz erheblich. Diese Vorteile können dazu führen, dass Unterlassungsansprüche zuerkannt werden, obwohl bspw. in einem Hauptsacheverfahren der Vollbeweis einer anspruchsbegründenden Tatsache nicht geführt werden könnte oder ein Antragsgegner in einem Urteilsverfügungsverfahren den Sachvortrag des Anspruchstellers entkräften oder diesem erhebliche Einwände entgegensetzen könnte.

Dementsprechend gravierend kann die Wahl des Beschlussverfahrens für den Anspruchsgegner sein. Für diesen birgt es die Gefahr, dass er erst Kenntnis von dem Verfahren erlangt und sich gegen dieses verteidigen kann, wenn der daraus resultierende Titel bereits gegen ihn vollstreckt wird. Nicht nur bleibt ihm (vollwertiges) rechtliches Gehör zum Entscheidungszeitpunkt versagt, die Vorteile des Verfügungsverfahrens im Vergleich zu einem Hauptsacheverfahren begünstigen auch einseitig den Anspruchsteller. Dies kann zur Folge haben, dass sich ein Anspruchsgegner nicht rechtzeitig gegen ein materiell-rechtlich unberechtigtes Verfügungsgesuch verteidigen kann und durch die unberechtigte Vollziehung der Unterlassungsverfügung ungerechtfertigt in seiner Geschäftstätigkeit behindert wird. Da das Beschlussverfahren noch stärker von den ausgewogenen Vorgaben und den Verfahrensgrundsätzen für Hauptsacheverfahren abweicht, als dies bei Urteilsverfahren der Fall ist, wohnt Beschlussverfahren ein höheres Risiko von Fehlentscheidungen als Urteilsverfahren inne.¹⁰⁵⁶ Der Anspruchsgegner hat nach vorherrschender Rechtspraxis nur durch eine Schutzschrift die Möglichkeit zu versuchen, auf die Wahl der Verfahrensart durch das Gericht Einfluss zu nehmen. Die Beliebtheit der Vorgehensweise, sich mithilfe einer Schutzschrift zur Wahl der Verfahrensart und zur Sache äußern zu können, belegt, welch hohes Gewicht Anspruchsgegner selbst einer solchen unvollkommenen Form der Verfahrensbeteiligung beimessen. Hingegen nehmen Antragsteller, die nach Rücksprache mit dem befassten Gericht erfahren, dass dieses beabsichtigt, über ihr Unterlassungsverfügungsgesuch nicht im Beschlussweg zu entscheiden, dieses oftmals zurück und machen es erneut vor einem anderen Gericht geltend, um sich die Möglichkeit einer Entscheidung über das Verfügungsgesuch im Beschlussweg offen zu halten.¹⁰⁵⁷ Diese Vorgehensweise belegt, welche Bedeutung Anspruchsteller der prozessualen Möglichkeit einer Anspruchsdurchsetzung ohne Beteiligung der Gegenpartei beimessen.

¹⁰⁵⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 356.

¹⁰⁵⁷ Siehe die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

Die dargelegten (Aus-) Wirkungen machen deutlich, dass der Wahl der Verfahrensart ausschlaggebende Bedeutung für die Entscheidung über ein Verfügungsgesuch zukommen kann.

b.) Auswirkungen der Wahl des Urteilsverfahrens bei einer neg. Feststellungsverfügung
Beantragt ein Anspruchsgegner eine neg. Feststellungsverfügung und wird für diese nicht das Beschlussverfahren gewählt und damit nicht ausschließlich er an dem Verfahren beteiligt, so hat dies für ihn gegenüber einem gegenläufigen Beschlussverfahren immer noch den Vorteil, dass er an dem Verfahren über den geltend gemachten Unterlassungsanspruch beteiligt wird und seine Rechtsposition aktiv verteidigen kann, anstatt sich auf eine nachträgliche und evtl. nutzlose Aufhebung der Unterlassungsverfügung beschränken zu müssen. Anders als im Rahmen einer Schutzschrift könnte er zu dem tatsächlichen und nicht lediglich zu einem antizipierten Sachvortrag seines Gegners Stellung nehmen.

Dem Anspruchsgegner könnte ein Urteilsverfügungsverfahren damit zu einer stärkeren Verfahrensbeteiligung verhelfen und eine effektivere Verteidigung gegen ein unberechtigtes Anspruchsbegehren ermöglichen. Durch sein Verfügungsgesuch und die Beteiligung an der mündlichen Verhandlung könnte er zu dem Begehren des Anspruchstellers Position beziehen und sich diesem widersetzen. Die Privilegierung der Glaubhaftmachung käme beiden Beteiligten gleichermaßen zugute. Mit der Wahl des Urteilsverfahrens ginge eine Reduzierung des Gewichts der prozessualen Stellung einher, was eine Verminderung der Bedeutung des Verfahrensrechts im Verhältnis zum materiellen Recht zur Folge hätte. Das Verfahren würde ausgeglichener ausgestaltet und damit weniger Einfluss auf die Endentscheidung erlangen. Die Folge wäre eine Reduzierung des mit Beschlussverfügungen verbundenen Fehlentscheidungsrisikos und damit eine Annäherung an das Ziel des Verfahrensrechts, der Verwirklichung der Vorgaben des materiellen Rechts.

Das verfahrensabschließende Urteil wäre auch geeignet, die Unterlassungsstreitigkeit für das Eilverfahren endgültig beizulegen. Die Rechtskraftwirkungen der Urteilsverfügung stünden abweichenden Eilentscheidungen entgegen.¹⁰⁵⁸ Die Parteien würden Rechtssicherheit darüber erlangen, ob die streitgegenständliche geschäftliche Handlung vorläufig untersagt werden kann oder nicht. Aufgrund der Schnelllebigkeit des geschäftlichen Verkehrs und der erforderlichen Dauer für einen Unterlassungsrechtsstreit in der Hauptsache käme dies im Ergebnis oftmals einer abschließenden Klärung der Streitigkeit gleich. Mithilfe

¹⁰⁵⁸ Siehe die Nachweise unter Fn. 938 für die entsprechende Rechtslage in Hauptsacheverfahren sowie obige Ausführungen unter Abschnitt D.) IV.) 1.) c.) cc.) ddd.), S. 198 ff.

des Rechtsinstituts der Abschlusserklärung bestünde die Möglichkeit, die Eilentscheidung in ihren Wirkungen einer Hauptsacheentscheidung gleichzustellen und damit nicht nur vorläufigen, sondern endgültigen Rechtsfrieden zwischen den Parteien herzustellen.¹⁰⁵⁹ Im Fall einer zurückweisenden Entscheidung über das Feststellungsverfügungsgesuch stünde es dem Anspruchsteller offen, seinerseits eine Unterlassungsverfügung zu erwirken.

c.) Absicherung der Verfahrensbeteiligung des Anspruchsgegners bei der Entscheidung über eine neg. Feststellungsverfügung im Urteilsverfahren

Im Rahmen vorliegender Bearbeitung stellt sich insbesondere die Frage, ob für den Anspruchsgegner durch die Initiierung des Verfügungsverfahrens sichergestellt ist, dass er an dem Verfahren über das Bestehen des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs beteiligt wird und damit seine Verfahrensstellung im Vergleich zu einem gegenläufigen Beschlussverfahren in dem unter lit. b.) dargelegten Umfang verbessert wird, oder ob für den Anspruchsteller die Möglichkeit besteht, der Beteiligung des Anspruchsgegners entgegenzuwirken. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn der Anspruchsteller ungeachtet des andauernden Urteilsverfahrens ein eigenes Unterlassungsverfügungsverfahren gegen den Anspruchsgegner betreiben könnte, über das - wie im Lauterkeitsrecht üblich¹⁰⁶⁰ - im Beschlussweg entschieden wird.

Anders als bei einem Beschlussverfahren erhält der Antragsgegner eines Urteilsverfahrens stets Kenntnis von der Verfahrensinitiierung und wird an diesem beteiligt. Diese Kenntnis verschafft ihm die Möglichkeit, vor dem Verhandlungstermin zur Entscheidung über das Verfügungsgesuch seinerseits ein gegenläufiges Unterlassungsverfügungsverfahren zu initiieren und über dieses, aufgrund der wesentlich kürzeren Dauer eines Beschlussverfahrens, vor der Entscheidung über das gegenläufige Gesuch eine Entscheidung herbeizuführen. Dies hätte zur Folge, dass ein Verfahren über das Bestehen bzw. die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs durchgeführt werden könnte, an dem der Anspruchsgegner nicht beteiligt wird, obwohl er selbst bereits ein Verfahren initiiert hat, das diese Frage zum Gegenstand hat, und mit der unterbleibenden Beteiligung an dem gegenläufigen Beschlussverfahren eine wesentliche Verschlechterung seiner prozessualen Stellung verbunden ist.

¹⁰⁵⁹ Siehe nachfolgende Ausführungen unter Abschnitt D.) V.) 2.), S. 249.

¹⁰⁶⁰ Siehe die Nachweise unter Fn. 20.

Es stellt sich daher die Frage, ob ein bereits initiiertes Urteilsverfahren auf neg. Feststellung einem gegenläufigen Beschlussverfahren entgegenstünde, oder ob es einem Anspruchsteller möglich wäre, dem Ergebnis eines gegenläufigen Urteilsverfahrens durch ein eigenes Unterlassungsverfügungsgesuch, über das im Beschlussweg entschieden wird, vorzugreifen. Sofern dies nicht der Fall wäre, könnte sich ein Anspruchsgegner durch ein prioritäres Verfügungsverfahren auf neg. Feststellung, über das im Urteilsverfahren entschieden wird, zumindest eine prozessuale Beteiligung an der Eilentscheidung über das Bestehen des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs sichern und hierdurch seine Verfahrensstellung und damit auch seine Verteidigungsmöglichkeiten verbessern.

Zwischen Rechtshängigkeit und Abschluss des neg. Feststellungsverfahrens könnte das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO der Zulässigkeit eines gegenläufigen Beschlussverfügungsverfahrens entgegenstehen. Das Prozesshindernis findet auf Verfügungsverfahren untereinander ebenso Anwendung wie im Verhältnis von Hauptsacheverfahren zueinander.¹⁰⁶¹ Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift wäre, dass beide Verfahren die identische Streitsache zum Gegenstand haben. Dies ist bei einem prioritär erhobenen Feststellungsbegehren im Verhältnis zu einem nachfolgend geltend gemachten gegenläufigen Leistungsbegehren nach ganz vorherrschender Ansicht im deutschen¹⁰⁶² Zivilverfahrensrecht nicht der Fall.¹⁰⁶³ Danach wird der Streitgegenstand eines Begehrens durch die formalen Kriterien des Sachantrags und des zugrundeliegenden Lebenssachverhalts definiert¹⁰⁶⁴ (sog. zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff¹⁰⁶⁵). Auch wenn ein Unterlassungsbegehren als Minus die Frage des Bestehens bzw. Nichtbestehens des geltend gemachten Anspruchs umfasst, so divergieren aufgrund ihrer entgegengesetzten Wirkrichtung doch die Sachanträge und damit die Streitgegenstände beider Begehren. Aufgrund dieser unterschiedlichen Streitgegenstände vermag ein prioritär initiiertes Feststellungsverfügungsverfahren kein Prozesshindernis zulasten eines nachfolgenden Unterlassungsverfügungsverfahrens zu begründen. Da auch kein weiteres Prozesshindernis in Betracht kommt, das der zwischenzeitlichen Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs entgegenstehen könnte,

¹⁰⁶¹ Siehe die Nachweise unter Fn. 939.

¹⁰⁶² Im Anwendungsbereich der EuGVVO führt die abweichende Rechtslage für Hauptsacheverfahren zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Siehe die Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) ccc.), S. 196 ff.

¹⁰⁶³ Siehe die Nachweise unter Fn. 873.

¹⁰⁶⁴ Der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff gilt auch im Verfügungsverfahren, siehe *Ganslmayer*, S. 44.

¹⁰⁶⁵ Siehe zum zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff die Nachweise unter Fn. 875.

steht es dem Anspruchsteller damit frei, seinen Unterlassungsanspruch ungeachtet des parallel betriebenen, gegenläufigen Feststellungsverfahrens in einem einseitigen Beschlussverfahren zu titulieren und zu vollziehen.

Eine gleichwertige Verfahrensbeteiligung im Rahmen eines Urteilsverfahrens kann der Anspruchsgegner durch ein eigenes neg. Feststellungsverfügungsgesuch folglich nur erreichen, wenn der Anspruchsteller davon absieht, den geltend gemachten Unterlassungsanspruch eigeninitiativ durchzusetzen und sich auf eine Klärung der Angelegenheit im Rahmen des fremdinitiierten Unterlassungsverfügungsverfahrens und unter Beteiligung des Anspruchsgegners einlässt. Dies kann für ihn in mehrfacher Hinsicht vorteilhaft sein. So verhindert er eine Erhöhung der Gesamtkosten um die des zweiten Verfügungsverfahrens, was für ihn relevant werden kann, wenn er selbst Zweifel an dem Erfolg seines Begehrens hat. Zudem reduziert die Austragung der Streitigkeit in einem Urteilsverfahren das Fehlentscheidungsrisiko und vermindert damit auch das den Anspruchsteller im Fall einer Vollziehung treffende Haftungsrisiko nach § 945 ZPO.¹⁰⁶⁶ Für den Anspruchsteller besteht in diesem Fall die Möglichkeit, zunächst das Urteilsverfahren auszutragen und im Erfolgsfall im unmittelbaren Anschluss an die Entscheidung eine Beschlussverfügung zu erwirken. Ein vernünftiger und kostenbewusster Anspruchsgegner dürfte den für ihn negativen Ausgang des Verfahrens bereits zum Anlass nehmen, um die Angelegenheit im Wege der Unterwerfung außergerichtlich beizulegen und dadurch die Entstehung weiterer Kosten zu verhindern.¹⁰⁶⁷

Im Ergebnis ist ein neg. Feststellungsverfügungsgesuch, über das im Urteilsverfahren entschieden wird, somit nicht geeignet, einem Anspruchsgegner gegen den Willen des Anspruchstellers zu einer gleichberechtigten Verfahrensstellung zu verhelfen. Dem Anspruchsteller verbleibt die Möglichkeit der Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs im Wege eines eigenen Verfügungsgesuchs in einem einseitigen Beschlussverfahren. Macht der Anspruchsteller von dieser Möglichkeit (zunächst) keinen Gebrauch, so ist das Verfahren geeignet, die Streitigkeit für das Verfügungsverfahren einer endgültigen gerichtlichen Klärung zuzuführen. Mit Hilfe des Abschlussverfahrens ist es möglich, diese Wirkung auch auf das Hauptsacheverfahren auszudehnen.

¹⁰⁶⁶ Siehe diesbezüglich auch Abschnitt D.) II.) 4.), S. 138 ff.

¹⁰⁶⁷ Siehe *Baltzer*, S. 156 f., für die entsprechende Konstellation in Hauptsacheverfahren.

V.) Vereinbarkeit einer e.V. auf neg. Feststellung mit dem System vorläufigen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht

Im Folgenden wird erörtert, ob sich eine e.V. auf neg. Feststellung stimmig in das System vorläufigen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht einfügen würde und ob die sich aus einer Anerkennung dieses Rechtsinstituts ergebenden Konsequenzen prozessökonomisch vertretbar sind. Wie bereits dargelegt¹⁰⁶⁸, zeichnet sich gerade das Lauterkeitsrecht durch eine Reihe von Besonderheiten aus, die es in vorliegendem Zusammenhang zu berücksichtigen gilt.

1.) Grundkonstellation

Der quantitativ größte Anteil lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten¹⁰⁶⁹ wird außergerichtlich im Wege der Abmahnung und Unterwerfung beigelegt.¹⁰⁷⁰ Die Parteien regeln ihre Streitigkeiten in weitem Umfang einvernehmlich und ohne Inanspruchnahme der Justiz. Dieses vorherrschende System einer rein privatrechtlichen und primär außergerichtlichen Verwirklichung des Lauterkeitsrechts hat sich bewährt und gilt es zu bewahren. Es nimmt die Ressourcen der Justiz nicht in Anspruch und ermöglicht den Parteien eine rasche und kostengünstige Beilegung ihrer Unterlassungsstreitigkeiten. Scheitert eine außergerichtliche Streitbeilegung, werden lauterkeitsrechtliche Unterlassungsstreitigkeiten primär in Verfügungsverfahren und sehr häufig auch ausschließlich in dieser Form ausgetragen. Die Gründe hierfür sind vielfältig.¹⁰⁷¹ Ein Antragsteller kann sein Begehren auf Erlass einer e.V. wieder aufgeben, nachdem er eines oder mehrere Gerichte mit der Streitigkeit befasst hat und diese ihm schlechte Erfolgchancen bescheinigt haben. Andererseits kann eine Unterlassungsverfügung ergehen und der Antragsgegner in der Folgezeit schlicht auf die Vornahme der streitgegenständlichen Handlung verzichten, weil der Aufwand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein Interesse an der konkreten Handlung übersteigt, obwohl er die e.V. für ungerechtfertigt hält. Ein Grund zur Akzeptanz einer für ungerechtfertigt erachteten Unterlassungsverfügung kann zudem darin bestehen, dass die untersagte Handlung ohnehin nicht wiederholt werden sollte oder der geeignete Zeitpunkt für die Vornahme der untersagten Handlung bereits verstrichen ist bzw. die

¹⁰⁶⁸ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.), S. 28 ff.

¹⁰⁶⁹ Siehe zur Grundkonstellation lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten auch die Ausführungen unter B.) I.), S. 63 ff.

¹⁰⁷⁰ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 3.), S. 34 ff. und insbesondere die Nachweise unter Fn. 112.

¹⁰⁷¹ Einen Teil der Gründe führt *Walker*, Rn. 29 ff. auf.

Unterlassungsverfügung aufgrund der Dauer des Widerspruchs- sowie der sonstigen Rechtsbehelfsverfahren nicht rechtzeitig beseitigt werden kann. Ist eine e.V. ergangen, haben die Beteiligten die Möglichkeit, die Wirkungen der e.V. durch ein Abschlussverfahren denen eines Hauptsacheverfahrens anzunähern. In diesem Fall erfolgt - ähnlich wie bei der Unterwerfung - eine einvernehmliche Streitbeilegung ohne weitere Inanspruchnahme der Justiz. Für die Parteien hat die einvernehmliche, außergerichtliche Streitbeilegung, gleich ob im Wege der Unterwerfung oder des Abschlussverfahrens, jeweils auch den Vorteil, dass diese im Vergleich zu einer (weiteren) gerichtlichen Austragung mit geringeren Kosten sowie einem geringeren Zeitaufwand verbunden ist.

2.) Einfluss des Rechtsinstituts auf die Möglichkeit der prozessökonomischen Beilegung lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten

Die originär lauterkeitsrechtlichen Rechtsinstitute der Abmahnung/Unterwerfung und des Abschlussverfahrens dienen jeweils der endgültigen, kostengünstigen und raschen Streitbeilegung ohne (weitere) Beteiligung der Justiz. Das Lauterkeitsverfahrensrecht ist daher in besonderem Maße von dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie geprägt. Auch die Rechtsprechung zieht den Gesichtspunkt der Prozessökonomie regelmäßig als mitentscheidenden Faktor heran, wenn sie sich mit prozessualen Rechtsfragen befasst.¹⁰⁷² Nachfolgend ist daher zu untersuchen, ob eine e.V. auf neg. Feststellung prozessökonomisch vertretbar ist, oder ob das Lauterkeitsverfahrensrecht in gravierender Weise nachteilig beeinflusst würde.

Aufgrund des sehr großen Anteils außergerichtlicher Streitbeilegungen im Wettbewerbsrecht käme eine e.V. auf neg. Feststellung nur in einem quantitativ geringen Anteil von Auseinandersetzungen zur Anwendung. Dieser hohe Anteil außergerichtlicher Streitbeilegungen würde durch die Akzeptanz des Rechtsinstituts auch nicht gravierend verändert. Die Abmahnobliegenheit des Anspruchstellers¹⁰⁷³ führt dazu, dass er vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zur Abmahnung gehalten ist, sofern er nicht das Risiko eingehen will, dass er die Kosten des Gerichtsverfahrens zu tragen hat. Zudem kann eine Abmahnung dem Anspruchsteller eine ähnliche rasche Anspruchsdurchsetzung wie ein ohne Abmahnung durchgeführtes Verfügungsverfahren ermöglichen. Möchte ein Anspruchsteller die durch ein vorab durchgeführtes Abmahnverfahren entstehende zeitliche Verzögerung vermeiden, so ist ihm dies auch nach vorherrschender Rechtspraxis möglich, indem er auf ein

¹⁰⁷² Siehe bspw. BGHZ 99, 340, 342 – *Parallelverfahren*; NJW-RR 2006, 442, Tz. 19.

¹⁰⁷³ Siehe Abschnitt A.) V.) 3.), S. 34 ff.

Abmahnverfahren verzichtet und sofort den Erlass einer Unterlassungsverfügung beantragt. Da die Abmahnung weder eine Voraussetzung für die Zulässigkeit noch für die Begründetheit eines gerichtlichen Verfahrens ist, begründet die Abmahnobliegenheit lediglich ein Kostenrisiko, aber keine Hürde für die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen.

Auch ist nicht zu befürchten, dass Anspruchsteller im Hinblick auf die Gefahr des Erlasses gegenläufiger neg. Feststellungsverfügungen vermehrt auf den Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung im Wege der Abmahnung verzichten. Ein entsprechender Verzicht wird für einen Anspruchsteller nur in Betracht kommen, wenn er Anhaltspunkte dafür hat, dass der Anspruchsgegner seinem Unterlassungsbegehren nicht freiwillig nachkommen wird, sondern gewillt ist, eigeninitiativ gegen die Leistungsaufforderung vorzugehen und es auf eine streitige, gerichtliche Austragung ankommen zu lassen. In dem weitaus größten Anteil lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten wird dies nicht der Fall sein, zumal erforderlich wäre, dass sich beide Parteien erfolgsversprechende Chancen ausrechnen, die Rechtslage also in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht zweifelhaft ist. In der Masse der lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten ist dies nicht der Fall. Wie auch in anderen Rechtsgebieten, wird nur ein verhältnismäßig geringer Prozentsatz von Rechtsstreitigkeiten gerichtlich ausgetragen, da die Rechtslage nicht so unklar ist, dass sich beide Parteien Erfolgchancen ausrechnen können und daher das Kostenrisiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung in Kauf nehmen. Dementsprechend legen die Akteure den weitaus größten Anteil lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten einvernehmlich außergerichtlich oder nach einem Verfügungsverfahren bei. Dies liegt unter anderem daran, dass speziell kleineren Gewerbetreibenden die Grenzen lautenen Verhaltens bei Werbemaßnahmen und ähnlichen alltäglichen geschäftlichen Handlungen oftmals nicht bekannt sind und sie sich der Rechtswidrigkeit ihres Handelns erst infolge der Informierung durch eine Abmahnung bewusst werden. Selbst Unternehmer, die sich der Rechtswidrigkeit ihres Handelns bewusst sind, werden es auf eine gerichtliche Austragung nur ankommen lassen, wenn sie sich aussichtsreiche Erfolgchancen ausrechnen. Eine neg. Feststellungsverfügung als Folge einer Abmahnung droht einem Abmahnenden daher nur, wenn der Abgemahnte Grund zu der Annahme hat, dass die Abmahnung nicht berechtigt ist und ihm die Vornahme der geschäftlichen Handlung wichtig genug ist, dass er bereit ist, sich hierfür auf ein gerichtliches Verfahren einzulassen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, werden sich rational agierende Anspruchsgegner unterwerfen, um weitere gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden, jedenfalls aber nicht selbst solche initiieren. Muss der Anspruchsteller hingegen davon ausgehen, dass der Anspruchsgegner sich nicht unterwerfen wird, so stellt sich die

Abmahnobliegenheit, die nur in zugespitzten Ausnahmefällen erlischt¹⁰⁷⁴, ohnehin lediglich als eine kostenrechtliche Formalie dar, welche die Justiz nicht zu entlasten, dem Anspruchsteller nicht zu einer schnellen Anspruchsdurchsetzung zu verhelfen und den Anspruchsgegner nicht vor einer hohen Kostenbelastung zu bewahren vermag.

In den verbleibenden Konfliktfällen war es einem zu Unrecht Abgemahnten bereits bislang möglich zu versuchen, sich mit einer Schutzschrift gegen eine Unterlassungsverfügung zu verteidigen.¹⁰⁷⁵ Dies hat dem Erfolg des Rechtsinstituts der Abmahnung in den vergangenen Jahrzehnten keinen Abbruch getan. Teilweise wird auf die drohende Einreichung von Schutzschriften als Folge einer Abmahnung und die damit verbundene Anhörung des Anspruchsgegners in der Weise reagiert, dass bereits im Vorfeld einer Kontaktaufnahme mit dem Gegner eine Unterlassungsverfügung erwirkt wird (sog. Schubladenverfügung).¹⁰⁷⁶ Folglich hat selbst die allgemein anerkannte Schutzschrift in gewissem Maße zu einer Entwertung des Rechtsinstituts der Abmahnung geführt.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine Abmahnung nur prozessökonomische Wirkungen entfaltet, wenn sich der Anspruchsgegner unterwirft.¹⁰⁷⁷ Geschieht dies nicht, wie es bei einem Anspruchsgegner der sich für ein Verfügungsgesuch auf neg. Feststellung entscheidet, der Fall wäre, so führt eine Abmahnung lediglich zu einer zeitlichen Verzögerung. Sofern sich ein abgemahnter Anspruchsteller in dieser Konstellation mit einem eigenen Verfügungsgesuch verteidigt, so greift er lediglich einem gegenläufigen Unterlassungsverfügungsgesuch vor, beeinträchtigt aber nicht die prozessökonomischen Wirkungen von Abmahnung und Unterwerfung, da diese im konkreten Fall mangels Konsens der Beteiligten nicht in Betracht kommen.

Wie auch bei neg. FK'n in Hauptsacheverfahren dürfte gegen e.V.'en auf neg. Feststellung ins Feld geführt werden, dass diese prozessunökonomisch seien, wenn deren Erlass abgelehnt wird und der Anspruchsteller daraufhin noch ein eigenes Verfahren (LK/Unterlassungsverfügung) durchführen muss, um zu einem vollstreckbaren Titel zu gelangen. Eine Verfahrensverdopplung sei die Folge. Diese Behauptung ist lediglich formal richtig. Zutreffend ist, dass die ablehnende Entscheidung über ein neg. Feststellungs-

¹⁰⁷⁴ Siehe Abschnitt A.) V.) 3.), S. 34 ff. und die Nachweise unter Fn. 122.

¹⁰⁷⁵ Siehe zur Entwicklung des Rechtsinstituts der Schutzschrift als Konsequenz der von der Rspr. vorgesehenen Abmahnlast *Deutsch*, GRUR 1990, 327.

¹⁰⁷⁶ Siehe hierzu auch die Ausführungen unter B.) I.) 3.) e.), S. 78 und B.) II.) 1.) b.) ff.) ddd.), S. 92.

¹⁰⁷⁷ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 3.), S. 34 ff.

begehren keinen vollstreckbaren Leistungstitel zur Folge hat. Ablehnende Gerichtsentscheidungen haben in der Hauptsache stets eine Feststellung und keine Leistungsanordnung zum Gegenstand. Allerdings sind e.V.'en, wenn auch mit einer auf Verfügungsverfahren beschränkten Wirkung, wie Hauptsacheentscheidungen der Rechtskraft zugänglich. Da beide Verfahren die Rechtsfrage klären, ob dem Anspruchsteller der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zusteht, oder ob dies nicht der Fall ist, wäre für ein nachfolgendes Unterlassungsverfügungsverfahren bereits bindend festgestellt, dass der geltend gemachte Anspruch besteht. Das Ergebnis des neg. Feststellungsverfahrens wäre unmittelbar für das gegenläufige Unterlassungsverfügungsverfahren nutzbar. Das bindend festgestellte Ergebnis müsste im Unterlassungsverfügungsverfahren nur noch in die der Vollziehung zugängliche Form einer Leistungsanordnung übertragen werden. Einwendungen, die dem bereits festgestellten Resultat noch entgegengehalten werden könnten, sind hier praktisch nicht denkbar. Anders als bspw. bei Zahlungsprozessen kann sich bei Unterlassungsstreitigkeiten auch kein zusätzlicher Klärungsbedarf hinsichtlich der Höhe des Anspruchs ergeben. Damit würde es sich bei dem Erlass einer Unterlassungsverfügung, nachdem bereits bindend festgestellt wurde, dass der Unterlassungsanspruch besteht, nur noch um eine Formalie handeln.¹⁰⁷⁸ Im Verfügungsverfahren könnte dies zudem besonders rasch erfolgen. Eine Beschlussverfügung könnte hier binnen weniger Stunden oder Tage ergehen. Hat ein Gericht ein neg. Feststellungsverfügungsgesuch zurückgewiesen (nur in diesem Fall kommt überhaupt eine Verzögerung des Erlasses einer Unterlassungsverfügung in Betracht), ist nicht ersichtlich, weshalb der obsiegende Anspruchsteller nicht direkt im Anschluss bei diesem Gericht ein Unterlassungsverfügungsgesuch anbringt, das die Unterlassungsverfügung dann ohne zeitliche Verzögerung erlassen könnte. Ladungs- oder Einlassungsfristen hätte es nicht einzuräumen. Die Sachentscheidung stünde bereits fest. Insoweit unterscheidet sich die Sachlage maßgeblich von derjenigen in Hauptsacheverfahren. Das im Rahmen von Hauptsacheverfahren ins Feld geführte Argument der Verzögerung bei der Anspruchsdurchsetzung¹⁰⁷⁹ fällt hier praktisch nicht ins Gewicht.

Einen sachkundigen und kostenbewussten Anspruchsgegner dürfte die zurückweisende Entscheidung über das negative Feststellungsgesuch ohnehin dazu veranlassen, sich zu unterwerfen und es somit nicht zu einem weiteren Verfügungsverfahren und damit zur Entstehung weiterer Kosten kommen zu lassen. Auch ein Vergleich mit der Rechtsprechung zum Vorrang von LK'n gegenüber pos. FK'n zeigt auf, dass ein neg. Feststellungs-

¹⁰⁷⁸ Vgl. für die entsprechende Situation in Hauptsacheverfahren *Baltzer*, S. 158.

¹⁰⁷⁹ Siehe *Schotthöfer*, WRP 1986, 14, 17.

verfügungsgesuch in nahezu gleichem Maß wie ein Unterlassungsverfügungsgesuch prozessökonomische Wirkungen entfalten kann. Wird einem neg. Feststellungsverfügungsgesuch entsprochen, so ist die Streitigkeit beigelegt. Das Nichtbestehen des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs wird, wie bei der neg. Entscheidung über ein Unterlassungsverfügungsgesuch, für das Verfügungsverfahren verbindlich festgestellt. Wird ein neg. Feststellungsverfügungsgesuch zurückgewiesen, so kommt diesem, zugunsten des Anspruchstellers, zumindest die Wirkung eines entsprechenden pos. Feststellungsgesuchs zu. In Bezug auf das Verhältnis eines pos. Feststellungsgesuchs gegenüber einem Leistungsbegehren ist für das Lauterkeitsrecht anerkannt¹⁰⁸⁰, dass kein Vorrang von Leistungsbegehren gegenüber pos. Feststellungsbegehren besteht, wenn zu erwarten ist, dass der Anspruchsgegner bereits aufgrund der Feststellungsentscheidung zur Erbringung der Leistung bereit sein wird. Da durch die Abweisung eines neg. Feststellungsbegehrens bereits bindend feststeht, dass der streitgegenständliche Unterlassungsanspruch besteht¹⁰⁸¹ und der Erlass einer Unterlassungsverfügung daher nur noch einen formalen Akt darstellt, der zulasten des Anspruchsgegners mit weiteren Kosten verbunden ist, darf, wie dargelegt, davon ausgegangen werden, dass sich ein Anspruchsgegner unterwirft, sobald er Kenntnis davon erlangt, dass sein Begehren nicht erfolgreich war.

Auch eine Kombination von neg. Feststellungsverfügungsgesuch und Abmahnung durch den Anspruchsgegner wäre praktisch möglich. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass den Anspruchsgegner nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung nach einer Abmahnung des Anspruchstellers keine Obliegenheit zum Ausspruch einer Gegenabmahnung vor der Erhebung einer neg. FK trifft.¹⁰⁸² Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen sind auf das Verhältnis Unterlassungsverfügung/neg. Feststellungsverfügung übertragbar, da die Interessenlage vergleichbar ist. Obwohl keine entsprechende Obliegenheit besteht, kann eine Abmahnung in diesen Konstellationen auch durch einen Anspruchsgegner erfolgen. In der Praxis wäre eine Abmahnung des Anspruchsgegners insbesondere nach einer Berührung des Anspruchsgegners gegenüber Dritten denkbar. Anders als im Fall einer Gegenabmahnung kann eine Abmahnung des Anspruchsgegners dazu dienen, eine erste Kontaktaufnahme zwischen den Beteiligten zu ermöglichen und hierdurch einer außergerichtlichen Einigung den Weg zu ebnen. Die rechtliche Absicherung der außergerichtlichen Einigung kann gegenüber einem Anspruchsteller durch einen Verzicht

¹⁰⁸⁰ Vgl. die Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) aaa.), S. 187.

¹⁰⁸¹ Vgl. BGH, Urteil vom 09.04.1986, IV b ZR 14/85, NJW 1986, 2508, 2509; Musielak/Musielak, § 322, Rn. 59.

¹⁰⁸² Siehe die Nachweise unter Fn. 1257.

auf den geltend gemachten Anspruch oder auf die Möglichkeit der Klage und/oder der Einreichung eines Verfügungsgesuchs erfolgen, anstatt im Wege der Abgabe einer vertragsstrafenbewehrten Unterlassungserklärung. Ähnlich wie im Fall einer Abschluss-erklärung ist der Verzichtsempfänger damit vor Veränderungen der Sachlage durch rechtliche Maßnahmen geschützt. Der Anspruchsgegner erhält hierdurch zwar die Möglichkeit, den potentiellen Rechtsstreit einer außergerichtlichen Einigung zuzuführen, er riskiert allerdings auch, dass der Anspruchsgegner daraufhin schnellstmöglich mit einer Unterlassungsverfügung reagiert, um sich die prozessualen Privilegierungen des Anspruchstellers im Verfügungsverfahren zu sichern. Hinsichtlich der Reichweite des Verzichts ist sowohl ein Verzicht auf Verfügungs- und Hauptsacheverfahren als auch ein bloßer Verzicht auf die Einleitung eines Verfügungsverfahrens denkbar. Während der Verzicht auf Verfügungs- und Hauptsacheverfahren zu einer endgültigen Streitbeilegung führt, bliebe die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens bei einem auf das Verfügungsverfahren beschränkten Verzicht möglich. Hierdurch könnte erreicht werden, dass der Rechtsstreit ausschließlich im Hauptsacheverfahren ausgetragen werden kann, das keinen der beiden Beteiligten erheblich privilegiert.

Sofern eine e.V. auf neg. Feststellung erlassen wird, kann sie, ebenso wie eine Unterlassungsverfügung, zu einer endgültigen Streitbeilegung führen und mithilfe des Instituts des Abschlussverfahrens dazu dienen, ein zusätzlich erforderliches Hauptsacheverfahren in Form einer neg. FK zu erübrigen. Das Abschlussverfahren¹⁰⁸³ wird regelmäßig in Bezug auf Befriedigungs- oder Regelungsverfügungen durchgeführt, es ist seiner Natur nach aber nicht auf e.V.'en mit anordnendem Charakter beschränkt. Eine Abschlusserklärung knüpft nicht an den Inhalt der ihr zugrunde liegenden Entscheidung, sondern an deren vorläufigen Charakter an. Daher kann sie sowohl auf anordnende und rechtsgestaltende als auch auf feststellende Verfügungen Anwendung finden. Ihrer Rechtsnatur nach sind alle diese Arten von Entscheidungen gleichermaßen einem Abschlussverfahren zugänglich, sofern für die verschiedenen Arten von Entscheidungen ein entsprechendes Pendant in Hauptsacheverfahren besteht. Nach geltender Rechtslage wäre es bspw. auch möglich, einer Feststellungsentscheidung, durch die ein Unterlassungsverfügungsgesuch abgelehnt wurde, durch ein Abschlussverfahren zu einer dauerhaften Wirkung zulasten des Anspruchstellers zu verhelfen. Dies hätte für die Beteiligten den Vorteil, dass das Nichtbestehen des geltend gemachten Anspruchs auch mit Bindungswirkung für das Hauptsacheverfahren festgestellt würde und sich ein mögliches Hauptsacheverfahren in Form einer neg. FK erübrigen würde.

¹⁰⁸³ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 6.), S. 49 ff.

Eine e.V. auf neg. Feststellung würde somit auch mit den Rechtsinstituten der Abmahnung und des Abschlussverfahrens harmonisieren und sich insgesamt prozessökonomisch und stimmig in das System des Wettbewerbsverfahrensrechts einfügen. Da eine e.V. auf neg. Feststellung auf besonders streitige Konstellationen abzielt, bei denen eine unberechtigte Anspruchsdurchsetzung droht und beide Beteiligten von ihrer Berechtigung überzeugt sind, ist sie auf Problemfälle und nicht auf die Masse lauterkeitsrechtlicher Streitfälle zugeschnitten. Ein Anspruchsgegner, der nicht davon überzeugt ist, dass ein geltend gemachtes Anspruchsbegehren unbegründet ist und dessen Durchsetzung seine Geschäftstätigkeit erheblich beeinträchtigen würde, wird nicht seinerseits eigeninitiativ gegen den Anspruchsteller gerichtlich vorgehen, zumal dies mit einer Kostenerhöhung verbunden wäre. Auf die alltägliche Masse lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten wird die e.V. auf neg. Feststellung daher keine Anwendung finden. Dementsprechend wird sie auch das im Lauterkeitsrecht bewährte System der außergerichtlichen Streitbeilegung im Wege der Abmahnung und Unterwerfung nicht beeinträchtigen, dafür aber in besonders wichtigen Streitfällen dem Anspruchsgegner eine echte Verteidigungsmöglichkeit verschaffen.

3.) Vereinbarkeit mit der Systematik der §§ 935 ff. ZPO

Es wurde bereits dargelegt, dass das vorherrschende System des einstweiligen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht, wie auch im Allgemeinen, von den gesetzlichen Vorgaben der §§ 935 ff. ZPO und deren primärer Sicherungsfunktion in erheblichem Umfang abweicht.¹⁰⁸⁴ In Bezug auf lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche erfreut sich die Unterlassungsverfügung größerer Beliebtheit als Instrument der Rechtsdurchsetzung als Unterlassungsklagen. Letztere werden oftmals nicht mehr erhoben, wodurch das Verfügungsverfahren an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt.

Ungeachtet der Widersprüche zwischen der Gesetzeslage und den tatsächlich vorherrschenden Verhältnissen stellt sich die Frage, inwiefern eine neg. Feststellungsverfügung mit den Vorgaben der §§ 935 ff. ZPO vereinbar wäre.

Eine neg. Feststellungsverfügung ist als Befriedigungsverfügung zu qualifizieren¹⁰⁸⁵, da sie den Entscheidungsausspruch eines neg. Feststellungsurteils vorwegnimmt¹⁰⁸⁶. Der

¹⁰⁸⁴ Siehe Abschnitt C.) III.), S. 130 f.

¹⁰⁸⁵ Vgl. die Nachweise unter Fn. 1026.

¹⁰⁸⁶ Siehe diesbezüglich die Ausführungen unter C.) II.) 2.), S. 127.

Entscheidungsausspruch einer neg. Feststellungsverfügung entspricht dem eines neg. Feststellungsurteils.

Die grundsätzliche Statthaftigkeit von Befriedigungsverfügungen, gleich ob auf Leistung (wie bspw. bei der Unterlassungsverfügung) oder auf Rechtsgestaltung (wie bspw. bei § 85 Abs. 1 PatG), ist anerkannt.¹⁰⁸⁷ Damit stellt sich die Frage, ob die Besonderheit der neg. Feststellungsverfügung, dass sie eine Feststellung zum Ziel hat, ihrer Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben für das Verfügungsverfahren entgegensteht. In Bezug auf Befriedigungsverfügungen ist umstritten, ob sie als Rechtsfortbildung oder als Unterart der Regelungsverfügung nach § 940 ZPO zu qualifizieren sind.¹⁰⁸⁸ Wären Befriedigungsverfügungen als Rechtsfortbildung zu qualifizieren, so könnten die §§ 935 ff. ZPO, die dann nicht die Rechtsgrundlage für Feststellungsverfügungen bilden könnten, deren Anerkennung auch nicht entgegenstehen. Klassifiziert man Befriedigungsverfügungen hingegen als Regelungsverfügung, so ist entscheidend, ob Feststellungen vom Anwendungsbereich der §§ 935 ff. ZPO ausgenommen sind.

Den Materialien zum Entwurf der ZPO aus dem Jahr 1877 lässt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass e.V.'en mit einem feststellenden Entscheidungsausspruch vom Anwendungsbereich e.V.'en ausgenommen werden sollten. Zur Vorgängervorschrift des § 938 ZPO (§ 762 des Entwurfs der Gesetzesbegründung), die den zulässigen Inhalt e.V.'en betrifft, enthält die Gesetzesbegründung die Ausführung¹⁰⁸⁹:

Die durch eine einstweilige Verfügung abzuwendende Gefahr kann so mannigfaltig sein, dass die Mittel zur Abwehr sich im Voraus nicht bestimmen lassen.

Diese Begründung spricht dafür, dass der historische Gesetzgeber den möglichen Inhalt e.V.'en nicht eingrenzen wollte. Der Wille des historischen Gesetzgebers steht der Anerkennung von e.V.'en mit feststellendem Entscheidungsausspruch somit nicht entgegen.

Maßgeblich ist daher, ob neg. Feststellungsverfügungen dem Sinn und Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes entsprechen. Dieser besteht darin, materielle Rechtspositionen so lange vor einer Entwertung zu bewahren, bis Rechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren erlangt werden kann.¹⁰⁹⁰ Das einer neg. Feststellungsverfügung

¹⁰⁸⁷ Siehe die Ausführungen unter C.) II.) 2.), S. 127 ff.

¹⁰⁸⁸ Siehe die Ausführungen unter C.) II.) 2.), S. 128.

¹⁰⁸⁹ *Hahn/Mugdan*, S. 478.

¹⁰⁹⁰ Siehe diesbezüglich obige Ausführungen unter C.) I.) 1.), S. 117 ff.

entsprechende Hauptsacheverfahren ist eine neg. FK. Die neg. FK kann eine endgültige Rechtsverteidigung ermöglichen, wenn das Nichtbestehen eines geltend gemachten Anspruchs verbindlich festgestellt wird. Um den Zeitraum bis zu einer Hauptsacheentscheidung in Form eines neg. Feststellungsurteils zu überbrücken, kann mit einer neg. Feststellungsverfügung einstweilig verbindlich festgestellt werden, dass ein geltend gemachter Anspruch nicht besteht, und somit verhindert werden, dass ein Unterlassungsanspruch entgegen dieser Feststellung im Wege der e.V. durchgesetzt wird. Eine neg. Feststellungsverfügung nimmt daher gegenüber einem neg. Feststellungsurteil eine vergleichbare Funktion ein, wie eine Befriedigungsverfügung auf Leistung im Verhältnis zu einem Leistungsurteil. Somit entspricht die neg. Feststellungsverfügung Sinn und Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, da sie dem vorübergehenden Schutz materieller Rechtspositionen vor Entwertung dient.

Zugleich dient die Anerkennung der neg. Feststellungsverfügung der Angleichung von einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsacherechtsschutz. Wenn für LK'n und GK'n jeweils Befriedigungsverfügungen anerkannt werden, die eine Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung ermöglichen, so ist es nur konsequent, für das Schutzinstrument des Anspruchsgegners, die neg. FK, ebenfalls eine entsprechende Form der Befriedigungsverfügung anzuerkennen, sofern diese tatsächlich geeignet ist, den Anspruchsgegner einstweilig vor einer unberechtigten Anspruchsdurchsetzung zu bewahren, und tatsächlich ein dringendes Bedürfnis nach einer entsprechenden Schutzmöglichkeit besteht.

Der Anerkennung neg. Feststellungsverfügungen stehen die gesetzlichen Vorgaben für das Verfügungsverfahren somit im Ergebnis nicht entgegen.

VI.) Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben

1.) Das Verhältnis des Zivilverfahrensrechts zum Verfassungsrecht

Das Zivilverfahrensrecht und im Besonderen auch der einstweilige Rechtsschutz werden in erheblichem Maße durch das Verfassungsrecht bestimmt.¹⁰⁹¹ Das staatliche Gewaltmonopol und das Verbot von Selbstjustiz sind elementare Voraussetzungen eines friedlichen Zusammenlebens in einer Gesellschaft.¹⁰⁹² Im Gegenzug erfordern diese Grund-

¹⁰⁹¹ Siehe *Fischer*, S. 3 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1, Rn. 26; *Schumann* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 4 ff. sowie 15 ff.; *Prütting/Gehrlein*, Einleitung, Rn. 35; vgl. auch *Vogg*, NJW 1993, 1357, 1360 f.

¹⁰⁹² Vgl. *Grabenwarter/Pabel* in Grote/Marauhn, Kap. 14, Rn. 2.

entscheidungen die Möglichkeit des effektiven Schutzes von Rechtspositionen.¹⁰⁹³ Der Justizgewährungsanspruch eröffnet den hierfür erforderlichen Zugang zu den Gerichten.¹⁰⁹⁴ Dem einstweiligen Rechtsschutz kommt in diesem System die Aufgabe zu, dem Rechtsschutzsuchenden die Möglichkeit zu verschaffen, sich drohenden Beeinträchtigungen seiner Rechtsposition bis zum Erlass einer Hauptsacheentscheidung erwehren zu können. Die Gewährleistung der Effektivität des Rechtsschutzes kann damit als primäres Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes bezeichnet werden.¹⁰⁹⁵

Das Grundgesetz stellt indes noch eine Reihe weiterer Anforderungen an die Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes. Als höherrangige Rechtsquelle gehen die Vorgaben des Grundgesetzes einfachen Gesetzen, wie der ZPO, vor und wirken auf diese ein.¹⁰⁹⁶ Auf das Verfahrensrecht wirken sich insbesondere auch die allgemeinen Justizgrundrechte aus.¹⁰⁹⁷ Nachfolgend wird untersucht, ob die zu berücksichtigenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für oder gegen die Anerkennung neg. Feststellungsverfügungen in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten sprechen. Sollte eine neg. Feststellungsverfügung der Verwirklichung dieser Grundsätze förderlich sein, so würde dies für die Anerkennung des Rechtsinstruments sprechen, selbst wenn eine neg. Feststellungsverfügung einfachgesetzlich nicht (ausdrücklich) vorgesehen ist. Zieht man als Rechtsgrundlage für Befriedigungsverfügungen im Allgemeinen nicht § 940 ZPO heran¹⁰⁹⁸, so handelt es sich auch bei der Anerkennung dieser Art von e.V.'en um eine Rechtsfortbildung zugunsten des effektiven Rechtsschutzes und damit aus verfassungsrechtlichen Gründen.

Zudem hat das BVerfG bereits allgemeine Grundsätze für die Frage aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen die Gerichte einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren haben. Es wird daher zu prüfen sein, ob diese Voraussetzungen für den Anspruchsgegner einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeit erfüllt sind und es aufgrund dieser Vorgabe geboten ist, eine neg. Feststellungsverfügung zugunsten des Anspruchsgegners als statthaft anzuerkennen.

¹⁰⁹³ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, Rn. 284; Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, Kap. 14, Rn. 2; Schilken in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 593; Walker, Rn. 63.

¹⁰⁹⁴ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, Rn. 290; Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, Kap. 14, Rn. 2; Schilken, ZPO, § 1, Rn. 6.

¹⁰⁹⁵ Siehe diesbezüglich Abschnitt C.) I.) 1.), S. 117 ff.

¹⁰⁹⁶ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, Rn. 83 ff.

¹⁰⁹⁷ Vgl. Prütting/Gehrlein, Einleitung, Rn. 35 ff.

¹⁰⁹⁸ Für Befriedigungsverfügungen im Allgemeinen ist umstritten, ob die Rechtsgrundlage in § 940 ZPO zu sehen ist oder ob es sich um eine Rechtsfortbildung handelt. Siehe hierzu die Ausführungen und Nachweise unter C.) II.) 2.), S. 128.

2.) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des (Eil-) Rechtsschutzes

a.) Grundsatz der Waffengleichheit

Der Grundsatz der Waffengleichheit¹⁰⁹⁹ wird aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet¹¹⁰⁰ und auch als prozessualer Gleichheitssatz bezeichnet¹¹⁰¹. Als Grundsatz von Verfassungsrang kann er sowohl die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Zivilverfahrensrechts¹¹⁰² als auch dessen Anwendung im Einzelfall bestimmen.¹¹⁰³ Das BVerfG skizziert die Wirkung des Grundsatzes auf das Zivilverfahrensrecht wie folgt¹¹⁰⁴:

„Der allgemeine Gleichheitssatz gewährleistet im Zivilverfahren die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter und gebietet Gleichheit der Rechtsanwendung durch den Richter im Interesse materialer Gerechtigkeit. Diese verfassungsrechtliche Verpflichtung gilt auch für die Handhabung des Verfahrensrechts.“

Aufgrund der weit gefassten Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 GG genießt der Grundsatz der Gleichbehandlung einen großen Anwendungsbereich. Dementsprechend kommt auch der daraus abgeleitete Grundsatz der Waffengleichheit in den verschiedensten zivilprozessualen Konstellationen zur Anwendung und entfaltet seine Wirkung.¹¹⁰⁵

¹⁰⁹⁹ Vereinzelt auch als Gebot der Ausgewogenheit des Rechtsschutzes bezeichnet (*Walker*, Rn. 71 f.; *Starek*, S. 53; vgl. auch *Dunkl* in FS für Buchner, S. 201), inhaltlich besteht jedoch kein Unterschied. Der Grundsatz hat stets die Gleichbehandlung der Parteien in prozessualer Hinsicht zum Gegenstand.

¹¹⁰⁰ BVerfGE 52, 131, 144; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, Rn. 105 und 293; *Tettinger*, S. 19; *Schumann* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 19; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einl III, Rn. 21; *Schellhammer*, S. 10; Dreier/Heun, Art. 3, Rn. 64, der neben dem Gleichheitssatz das Rechtsstaatsprinzip als Rechtsgrundlage heranzieht; ebenso Wieczorek/Schütze/Prütting, Einl, Rn. 97; *Vollkommer* in FS für Schwab, S. 504; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1, Rn. 28 und *Prütting/Gehrlein*, Einleitung, Rn. 41, der neben Art. 3 GG auf Art. 6 EMRK abstellt.

¹¹⁰¹ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1, Rn. 293.

¹¹⁰² Dies kommt auch bei *Tettinger*, S. 54, zum Ausdruck, der anführt, dass sich der Grundsatz der Waffengleichheit zunächst einmal an den Gesetzgeber richtet.

¹¹⁰³ Siehe zum Vorrang des Verfassungsrechts gegenüber einfachgesetzlichen Vorgaben bspw. *Sachs*, Art. 20, Rn. 94 ff., m.w.N.

¹¹⁰⁴ BVerfGE 69, 248, 254.

¹¹⁰⁵ Siehe bspw. die bisherige verfassungsrechtliche Rechtsprechung zum Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilverfahren: BVerfGE 69, 248 (Anwendung der zivilprozessualen Präklusionsvorschriften); BVerfGE 52, 131 (Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß) oder BVerfGE 117, 163 (Verfassungswidrigkeit des Verbots anwaltlicher Erfolgshonorare) sowie die Zusammenstellung bei *Vollkommer* in FS für Schwab, S. 505 ff.; vgl. auch *Tettinger*, S. 18; auch im Wettbewerbsverfahrensrecht hat der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit jüngst erhebliche Auswirkungen gezeigt, siehe BGHZ 189, 56, 62 – *TÜV*.

Als allgemeine Vorgabe mit Verfassungsrang beansprucht der Grundsatz der Waffengleichheit prinzipiell für das gesamte Zivilverfahrensrecht, und damit auch für den einstweiligen Rechtsschutz, Geltung.¹¹⁰⁶ Besonders treffend wird der Einfluss des Grundsatzes von *Tettinger*¹¹⁰⁷ zum Ausdruck gebracht:

„Jeder Verfahrensbeteiligte hat einen verfassungskräftigen Anspruch darauf, eine den substantiellen Gleichheitsanforderungen entsprechende Verfahrensstellung eingeräumt zu bekommen.“

Nach der sog. „neuen Formel“ des BVerfG ist der Gleichheitsgrundsatz verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹¹⁰⁸

Für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungsverfahren mit ihren besonders häufigen Entscheidungen im Beschlussverfahren ist eine prozessuale Privilegierung des Anspruchstellers nicht von der Hand zu weisen.¹¹⁰⁹ Hier werden Antragsgegner vor der Entscheidung oftmals überhaupt nicht beteiligt und durch die Zustellung des Titels von der Existenz der Unterlassungsverfügung überrascht. Vielfach wird kritisiert, dass die Ausgestaltung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahrens den Antragsgegner benachteilige. Insbesondere *Teplitzky* spricht sich in Bezug auf die Ausgestaltung des lauterkeitsrechtlichen Verfügungsverfahrens in mehrfacher Hinsicht für Modifikationen aus Gründen der prozessualen Waffengleichheit aus.¹¹¹⁰ Besonders deutlich tritt die Benachteiligung des Anspruchsgegners bei den im Lauterkeitsrecht besonders häufigen Entscheidungen im Beschlussverfahren¹¹¹¹ zu Tage.

¹¹⁰⁶ *Huber* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 19, Rn. 358 („...auf alle gerichtlichen Verfahren anwendbaren Grundsätze...“); *Starek*, S. 53, der den Terminus „Gebots des ausgewogenen Rechtsschutzes“ verwendet; *Walker*, Rn. 71, der vom „Gebot der Ausgewogenheit des einstweiligen Rechtsschutzes“ spricht.

¹¹⁰⁷ *Tettinger*, S. 59.

¹¹⁰⁸ BVerfGE 124, 199, 219 f.; *Osterloh* in Sachs, Art. 3, Rn. 13 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 3, Rn. 27, m.w.N.

¹¹⁰⁹ Siehe hierzu im Einzelnen obige Ausführungen unter B.) II.), S. 79 ff.

¹¹¹⁰ *Teplitzky*, Kap. 54, Rn. 24b, Kap. 55, Rn. 1b, Rn. 5a, vgl. auch Kap. 46, Rn. 1a; *ders.* in FS für Loschelder, S. 391, 399 f. („Eklatante Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots der Waffen- oder Chancengleichheit, wenn der im Eilverfahren schon vielfach begünstigte Antragsteller noch zusätzlich durch die Möglichkeit des forum-shoppings begünstigt wird“). Siehe auch *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1193 und *Schulz*, GRUR-Prax 2011, 313, 316.

¹¹¹¹ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 20.

In vorliegendem Zusammenhang könnte dahinstehen, ob eine Ungleichbehandlung noch mit dem Grundsatz der Waffengleichheit vereinbar ist, wenn ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes für den Antragsgegner nur mit geringen Beeinträchtigungen verbunden wäre, wie bspw. bei einem dinglichen Arrest, und dieses die einzige Möglichkeit darstellen würde, dem Antragsteller zu effektivem Rechtsschutz zu verhelfen. Die verfahrensrechtliche Ungleichbehandlung der Beteiligten einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeit ist allerdings von erheblichem Gewicht. Die Privilegierungen zugunsten des Antragstellers verbessern dessen Erfolgsaussichten im Verhältnis zu seinem Gegner erheblich.¹¹¹² Zudem verleiht die Reichweite des Rechtsschutzes der Ungleichbehandlung erhöhtes Gewicht. Vorläufiger Rechtsschutz durch Befriedigungsverfügungen in Form von Unterlassungsverfügungen entfaltet besonders weitreichende Wirkungen, die sogar dazu führen, dass einstweiliger Rechtsschutz den Hauptsacherechtsschutz in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten weitestgehend verdrängt.¹¹¹³ Während einstweiliger Rechtsschutz im Allgemeinen oftmals nur zu einer Sicherung führt und damit hinter der Reichweite eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens zurückbleibt, gleichen sich die Wirkungen einer Unterlassungsverfügung und die einer Unterlassungsklage. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass Unterlassungsverfügungen gerade im schnelllebigen Wettbewerbsgeschehen irreparable Auswirkungen zulasten des Antragsgegners zur Folge haben können.¹¹¹⁴ Unterlassene Handlungen können für die Vergangenheit nicht nachgeholt werden. Die Vornahme einer gleichartigen Handlung zu einem späteren Zeitpunkt hat nicht das gleiche Resultat zur Folge und kann für den Anspruchsgegner wertlos sein. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass die prozessuale Stellung als Antragsteller eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungsverfahrens ebenso wie die des Antragsgegners willkürlich durch den Antragsteller begründet werden können. Für die Zulässigkeit eines Unterlassungsverfügungsgesuchs reicht dessen Behauptung aus, ihm stehe gegen eine bestimmte Person ein Unterlassungsanspruch zu.

Die Waffengleichheit zweier Parteien wird im Allgemeinen gewährleistet, indem beiden der Zugang zu den Gerichten eröffnet wird¹¹¹⁵ und sie im Rahmen eines Gerichtsverfahrens die

¹¹¹² Siehe zum Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz durch die Privilegierung des Antragstellers bei Befriedigungsverfügungen auch *Kargados* in FS für Gaul, S. 273 f., der allerdings davon ausgeht, dass eine durchzuführende Güterabwägung zu einem Ausgleich der Ungleichbehandlung führen könne.

¹¹¹³ Siehe obige Ausführungen unter A.) V.) 4.), S. 38 ff.

¹¹¹⁴ Siehe die Nachweise unter Fn. 448.

¹¹¹⁵ *Dürig/Scholz* in Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 1, Rn. 50; *Vollkommer* in FS für Schwab, S. 506.

gleichen Verfahrensrechte genießen.¹¹¹⁶ Gleichen Zugang zu den Gerichten und damit Waffengleichheit in tatsächlicher Hinsicht soll bspw. das Rechtsinstitut der Prozesskostenhilfe (§§ 114 ff. ZPO) gewährleisten¹¹¹⁷, die gleiche Anrufungschance in tatsächlicher Hinsicht setzt aber zwingend die gleiche Anrufungschance in rechtlicher Hinsicht voraus. So wäre auch Prozesskostenhilfe für einen Kläger ohne Wert, wenn keine Klagemöglichkeit bestünde. Für den Anspruchsgegner einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeit besteht nach vorherrschender Rechtsansicht keine solche Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, insbesondere kann er sich auch nicht gegen eine unberechtigte Anspruchsdurchsetzung verteidigen, indem er dem Anspruchsteller die Einleitung eines Verfügungsverfahrens gerichtlich untersagen lässt.¹¹¹⁸ Auch genießt er im Rahmen eines gegnerischen Unterlassungsverfügungsverfahrens nicht die gleichen Verfahrensrechte wie der Antragsteller. Eine Ungleichbehandlung liegt somit vor.¹¹¹⁹

Als Rechtfertigungsgrund für prozessuale Ungleichbehandlungen durch Befriedigungsverfügungsverfahren kann ausschließlich das Gebot effektiven Rechtsschutzes fungieren. Blicke einem Rechtsschutzsuchenden andernfalls effektiver Schutz versagt, weil er aufgrund eines besonderen Eilbedürfnisses oder eines Bedürfnisses zur Überraschung des Gegners auf eine besonders rasche Titulierung angewiesen ist, kann eine verfassungskonforme Lösung darin bestehen, dass der Erlass von Befriedigungsverfügungen auf diese eng umgrenzten Ausnahmefälle beschränkt wird und dem Gegner im Gegenzug Kompensationsmaßnahmen zur Verfügung gestellt werden. Ungleichbehandlungen in Bezug auf den Zugang zu den Gerichten können hingegen nicht durch das Gebot effektiven Rechtsschutzes gerechtfertigt werden, sofern die Möglichkeit der Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes bei gleicher Zugangsmöglichkeit beiden Beteiligten erhalten bleibt.

Die Angleichung der Verfahrensrechte im einstweiligen Rechtsschutz zur Herstellung von Waffengleichheit würde mindestens voraussetzen, dass beide Parteien die Möglichkeit haben, vor dem Erlass einer Entscheidung auf die Entscheidungsfindung des Gerichts in gleichwertiger Weise einzuwirken, zumal durch die e.V. bereits vollendete Zustände zulasten des Anspruchsgegners geschaffen werden können. Die uneingeschränkte und gleichwertige

¹¹¹⁶ Vgl. Böttcher, S. 11 f.

¹¹¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 07.10.1987, 1 BvR 1471/86, NJW 1988, 2597; Vollkommer in FS für Schwab, S. 506.

¹¹¹⁸ Siehe obige Ausführungen unter B.) I.) 3.), S. 70 ff.

¹¹¹⁹ So wohl auch OLG München, Beschluss vom 27.12.2010, 6 U 4816/10, WRP 2011, 364, 365 - *Programmpaket LIGA total!* („...in Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes ohnehin teils...nur eingeschränkt gewährten - Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit...“).

Beteiligung beider Parteien vor dem Entscheidungserlass wäre indes mit einer Reduzierung der Effektivität des einstweiligen Rechtsschutzes verbunden. Die Einseitigkeit des Beschlussverfahrens bewirkt eine Benachteiligung des Anspruchsgegners, kann aber im Gegenzug auch die einzige Möglichkeit darstellen, um das materielle Recht rechtzeitig durchsetzen zu können. Eine gleichwertige Beteiligung der Parteien wäre hingegen stets mit einer Verlängerung der Verfahrensdauer verbunden. Durch diese Verzögerung bliebe dem Antragsteller effektiver Rechtsschutz versagt, wenn Handlungen aufgrund der Dauer des Verfahrens nicht rechtzeitig oder nur verspätet untersagt werden könnten.¹¹²⁰ Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz wird aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet und genießt damit ebenfalls Verfassungsrang.¹¹²¹ Eine sachgerechte und verfassungskonforme Regelung des Spannungsverhältnisses kann nur in einer Lösung bestehen, die den Justizgewährungsanspruch des Antragstellers und den Grundsatz der Waffengleichheit in Einklang bringt.¹¹²²

Dies bedingt einerseits, dass dem Antragsteller grundsätzlich die Möglichkeit verbleiben muss, seinen Unterlassungsanspruch rechtzeitig, und damit ggf. auch in einem besonders raschen Beschlussverfahren, durchsetzen zu können.¹¹²³ Andererseits muss aber dem Anspruchsgegner einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeit in gleichem Maße die Möglichkeit offen stehen, seine Rechtsposition zu verteidigen, wie einem Antragsteller, die entgegengesetzte Wirkung zu erzielen. Letzteres wäre bei einer Angleichung der Verfahrensrechte von Antragsteller und Antragsgegner nicht mehr gewährleistet. Eine Verbesserung der Verfahrensstellung des Anspruchsgegners, die mit einer Verschlechterung der Möglichkeit des Antragstellers zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen einherginge, würde Unterlassungsverfügungsverfahren ihrer Effektivität und damit ihrer wichtigsten Zielvorgabe berauben. In manchen Rechtsgebieten mag es nicht von besonderem Gewicht sein, wenn sich der Erlass einer Eilentscheidung um wenige Tage oder Wochen verzögert, im schnelllebigen geschäftlichen Verkehr können zeitliche Verzögerungen hingegen entscheidende Bedeutung dafür haben, ob ein materiell-rechtlicher Anspruch durchgesetzt werden kann oder für den Anspruchsinhaber wertlos ist. Das Verfügungsverfahren in seiner Gesamtheit würde den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht

¹¹²⁰ Vgl. diesbezüglich Abschnitt A.) V.) 9.), S. 56 ff.

¹¹²¹ Dreier/*Fielitz*, Art. 20, Rn. 220; vgl. auch *Walker*, Rn. 62.

¹¹²² Siehe zur Kollision des Grundsatzes der Waffengleichheit mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern auch *Tettinger*, S. 65 f.

¹¹²³ Vgl. *Walker*, Rn. 72.

eher gerecht, sondern nur in der Gewichtung der zu berücksichtigenden Interessen modifiziert.

Von der Frage der gleichwertigen Ausgestaltung des Verfahrens ist die Frage des Zugangs zu den Gerichten zu trennen. Erkennt man für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsverfügungsverfahren an, dass der Grundsatz der Waffengleichheit zugunsten des effektiven Rechtsschutzes des Antragstellers eingeschränkt wird, so erlangt die Frage des Zugangs zu den Gerichten hier besondere Bedeutung, da mit der Position als Antragsteller besondere Privilegien einhergehen. Der prozessuale Gleichheitssatz fordert die Möglichkeit beider Parteien, die Gerichte anrufen zu können, um eine Streitigkeit einer gerichtlichen Klärung zuführen zu können.¹¹²⁴ Obwohl die Verfahrensstellung der Parteien in Hauptsacheverfahren prinzipiell gleichwertig ausgestaltet ist, der Beklagte eines Rechtsstreits hierdurch wirksam vor der Titulierung materiell-rechtlich unbegründeter Anspruchsbegehren geschützt wird und somit ein wesentlich geringeres Schutzbedürfnis als in Verfügungsverfahren besteht, stellt auch hier erst die Möglichkeit des Vorgehens im Wege der neg. FK prozessuale Waffengleichheit her.¹¹²⁵ Im einstweiligen Rechtsschutz begründen die Besonderheiten des Eilverfahrens, die zu einem prozessualen Ungleichgewicht führen und ein erhöhtes Fehlentscheidungsrisiko mit sich bringen, ein besonderes Interesse an der prozessualen Position als Antragsteller.

Interessanterweise wurde auch der letztendlich nicht umgesetzte Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur weitgehenden Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten unter anderem mit dem Grundsatz der Waffengleichheit begründet.¹¹²⁶ Nach Ansicht der Bundesregierung sind mit dem weitgehenden Wahlrecht des Klägers/Antragstellers zu viele Vorteile verbunden, die den Beklagten/Anspruchsgegner über Gebühr benachteiligen.

¹¹²⁴ *Dürig/Scholz* in *Maunz/Dürig*, Art. 3 Abs. 1, Rn. 46; *BVerfGE* 52, 131, 144, abweichendes Votum der Richter Zeidler, Hirsch, Niebler und Steinberger; siehe auch *Böttcher*, S. 11 f., der das Erfordernis einer Möglichkeit zur „Vertauschbarkeit der Parteirollen“ in Zivilverfahren aus dem Grundsatz der Waffengleichheit ableitet; *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1202.

¹¹²⁵ *Jauernig/Hess*, § 34, Rn. 13 f.; *Böttcher*, S. 11 f.; vgl. auch *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1202; *Baltzer*, S. 82 und 85.

¹¹²⁶ Vgl. S. 31 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung über ein Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057.

Da die Zuerkennung einer Möglichkeit des Anspruchsgegners zur Anrufung der Gerichte zu einer Angleichung der prozessualen Stellung der Parteien beitragen würde, spricht der Grundsatz der Waffengleichheit für die Anerkennung der neg. Feststellungsverfügung.¹¹²⁷

Auch diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Auswirkungen eines neg. Feststellungsverfügungsverfahrens die Möglichkeit des Anspruchstellers, sich effektiv gegen unlautere geschäftliche Handlungen zur Wehr zu setzen, in nicht gerechtfertigter Weise vereiteln würde. Dies wäre der Fall, wenn der Anspruchsgegner allein durch die Initiierung des Verfahrens die Möglichkeit hätte, den Erlass einer Beschlussverfügung so lange hinauszuzögern, dass der Anspruchsteller keinen rechtzeitigen Schutz mehr erlangen könnte. Nach obigem Untersuchungsergebnis begründet die Rechtshängigkeit eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs kein Prozesshindernis für ein Unterlassungsverfügungsgesuch. Eine Verzögerung der Anspruchsdurchsetzung durch das gegenläufige Verfahren ist damit ausgeschlossen.

Die Durchsetzungsmöglichkeit des Anspruchstellers wird lediglich beeinflusst, wenn der Anspruchsgegner in einem neg. Feststellungsverfügungsverfahren obsiegt und hieraus eine Bindung für den Anspruchsteller an das Prozessergebnis resultiert. Hierbei handelt es sich indes um eine hinzunehmende Beeinträchtigung. Mehrfachbefassungen der Gerichte und widersprüchliche Entscheidungen sowie die unnötige Inanspruchnahme der Ressourcen der Justiz sollen prinzipiell ausgeschlossen werden.

Die Anerkennung des Rechtsinstituts der neg. Feststellungsverfügung würde somit zur Verwirklichung des Grundsatzes der Waffengleichheit bzw. des prozessualen Gleichheitssatzes beitragen. Beide Beteiligten erhielten die Möglichkeit, die Frage des Bestehens des Unterlassungsanspruchs einer gerichtlichen Klärung zuzuführen, und der Anspruchsgegner erwirbt die gleiche Möglichkeit, sich vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen zu schützen, wie es einem Anspruchsteller möglich ist, Unterlassungsverfügungen zu erwirken.

Aufgrund dieses Beitrags des Rechtsinstruments zur Verwirklichung prozessualer Gleichheit, spricht der Grundsatz der Waffengleichheit für die Anerkennung neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht.

¹¹²⁷ So auch *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1193 und 1202, der die Schutzfunktion neg. Feststellungsverfügungen allerdings auf anderem Weg herleitet, vgl. hierzu die Ausführungen unter D.) III.) 2.) h.), S. 158 f.

b.) Recht auf effektiven Rechtsschutz

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz wird aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitet.¹¹²⁸ Als verfassungsrechtlicher Grundsatz genießt es Geltungsvorrang¹¹²⁹ gegenüber formellen Bundesgesetzen¹¹³⁰, wie bspw. der ZPO. Einfachgesetzliche Normen müssen daher zumindest im Wege der verfassungskonformen Auslegung mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz in Einklang gebracht werden können, andernfalls sind sie grundsätzlich¹¹³¹ nichtig.¹¹³²

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gewährleistet in zivilrechtlichen Streitigkeiten, dass der Zugang zu den Gerichten offensteht, und garantiert die Effektivität des Rechtsschutzes.¹¹³³ Es ist, wie bereits seine Bezeichnung nahelegt, nicht auf eine effektive Anspruchsdurchsetzung beschränkt, sondern soll eine effektive Verwirklichung des materiellen Rechts im Allgemeinen sicherstellen. Damit fordert es gleichermaßen eine Möglichkeit der effektiven Rechtsverteidigung.¹¹³⁴

Ein Anspruchsteller kann sich in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten durch Unterlassungsverfügungen in sehr effektiver Weise gegen von ihm für unlauter erachtete geschäftliche Handlungen schützen. Die Vielzahl verfahrensrechtlicher Privilegierungen und die übliche Entscheidung im Beschlussweg ermöglichen es ihm, selbst ohne vorherige Kontaktaufnahme zu dem Anspruchsgegner eine Unterlassungsverfügung zu erwirken und den Gegner mit deren Zustellung zu überraschen. Ein Verzicht auf eine Abmahnung hat für ihn lediglich kostenrechtliche Nachteile, aber keinen Einfluss auf die Durchsetzbarkeit in der Sache.

Oben¹¹³⁵ wurde bereits dargelegt, dass Beschränkungen der Möglichkeit zur Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes für den Anspruchsteller, die aus

¹¹²⁸ BVerfGE 88, 118, m.w.N.; Beschluss vom 27.04.1988, 1 BvR 549/87, NJW 1988, 3141.

¹¹²⁹ Jarass/Pieroth, Art. 20, Rn. 33 (kein bloßer Anwendungsvorrang).

¹¹³⁰ Siehe zum Vorrang des Verfassungsrechts obige Nachweise unter Fn. 1103.

¹¹³¹ Vgl. zu den Ausnahmen von der Rechtsfolge der Nichtigkeit Jarass/Pieroth, Art. 20, Rn. 35.

¹¹³² Jarass/Pieroth, Art. 20, Rn. 33 f.

¹¹³³ BVerfGE 88, 118.

¹¹³⁴ BVerfGE 88, 118; *Dunkl* in FS für Buchner, S. 201 („Dabei muss aber berücksichtigt werden, dass das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht nur für den Gläubiger gilt, sondern auch für den Schuldner...“); vgl. auch Schuschke/Walker, Vor § 916-945, Rn. 4.

¹¹³⁵ Siehe S. 254 ff.

entgegenstehenden Gerichtsentscheidungen resultieren, mit dessen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz vereinbar sind.

Im Gegenzug stellt sich die Frage, ob das Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht auch zugunsten des Anspruchsgegners für die Anerkennung neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht angeführt werden kann.

Der mögliche Einwand, der geschäftlich Tätige bedürfe keines Rechtsschutzes, da er zumindest zunächst ungestört seiner Geschäftstätigkeit nachgehen kann, während der Anspruchsteller der gerichtlichen Hilfe bedarf, um eine zwangsweise Unterlassung der beanstandeten Handlung erwirken zu können, greift allenfalls bei oberflächlicher Betrachtung durch. Das Verfügungsverfahren birgt gerade als Beschlussverfahren eine hohe Gefahr unzutreffender Entscheidungen¹¹³⁶, die zu einer widerrechtlichen Schädigung des Anspruchsgegners führen können.¹¹³⁷ Die Gefährdung eines Anspruchsgegners wird nicht dadurch ausgeschlossen oder abgemildert, dass die drohende Beeinträchtigung seiner geschäftlichen Tätigkeit aus einem rechtsstaatlich legitimierten Gerichtsverfahren herrührt. Die ZPO bringt beispielsweise durch § 945 ZPO und die diversen Möglichkeiten des Vorgehens gegen e.V.'en selbst zum Ausdruck, dass diesen eine besonders große Gefahr von Fehlentscheidungen innewohnt und die durch ungerechtfertigte e.V.'en hervorgerufenen Schäden der materiellen Rechtslage zuwiderlaufen, sofern das Verfügungsgesuch mangels Verfügungsanspruch als unbegründet hätte zurückgewiesen werden müssen. Dem zunächst unterlegenen Anspruchsgegner soll der Widerspruch nach § 924 ZPO die besonders rasche Beseitigung ungerechtfertigter e.V.'en ermöglichen, während § 945 ZPO ihm eine Kompensationsmöglichkeit für Schäden aus der Vollziehung ungerechtfertigter e.V.'en verschafft. Primärrechtsschutz gegen drohende Beeinträchtigungen der Geschäftstätigkeit können und sollen diese Instrumente hingegen nicht gewährleisten. Aufgrund des verfahrensrechtlichen Privilegs kann ein Anspruchsgegner in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten drohende Beeinträchtigungen seiner Geschäftstätigkeit durch ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen auch nicht verhindern, indem er seinerseits gerichtlich gegen den Erlass der Unterlassungsverfügung vorgeht.¹¹³⁸ Die Erhebung einer neg. FK kann einen Anspruchsgegner, aufgrund der wesentlich längeren Verfahrensdauer eines Hauptsacheverfahrens, nicht rechtzeitig vor einer Schädigung durch eine ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung bewahren. Da nach obigem Prüfungsergebnis der Erlass einer neg.

¹¹³⁶ Siehe die Nachweise unter Fn. 356.

¹¹³⁷ Vgl. *Bernreuther*, WRP 2010, 1190, 1194.

¹¹³⁸ Siehe obige Ausführungen unter B.) I.) 3.), S. 70 ff.

Feststellungsverfügung den Anspruchsgegner vor gegensätzlichen Unterlassungsverfügungen schützen würde¹¹³⁹, stellt sich die Frage, ob es nicht aus Gründen des effektiven Primärrechtsschutzes gerechtfertigt ist, gegen Schäden durch ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen die Möglichkeit einer neg. Feststellungsverfügung anzuerkennen. Das Rechtsinstitut der Schutzschrift vermag den Anspruchsgegner aufgrund seiner Schwächen¹¹⁴⁰ nicht in gleichwertiger Weise zu schützen wie ein eigener Rechtsbehelf. Durch die Hinterlegung der Schutzschrift wird der Anspruch des Ausstellers auf rechtliches Gehör nicht erfüllt, da er sich in dieser lediglich zu einem antizipierten Sachvortrag äußern kann¹¹⁴¹. Ohne die Gewährung rechtlichen Gehörs, einem der elementaren Verfahrensgrundrechte des Grundgesetzes (Art. 103 Abs. 1 GG)¹¹⁴², mangelt es bereits an der Grundvoraussetzung effektiven Rechtsschutzes. Durch ein eigenes Verfügungsgesuch hätte ein Anspruchsgegner die Möglichkeit, sich zu dem ihm bekannten Sachvortrag umfassend zu äußern. Da in einem Beschlussverfahren ausschließlich der Sachvortrag des Antragstellers der Entscheidung zugrunde gelegt wird, würde dem Anspruchsgegner insoweit umfassendes rechtliches Gehör gewährt. Im Fall eines Urteilsverfahrens hätte er im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Möglichkeit, auf den Sachvortrag des Anspruchstellers einzugehen. Für den Anspruchsteller würde effektiver Rechtsschutz nicht ausgeschlossen, da seine Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung erhalten bliebe, solange nicht das Gericht verbindlich feststellt, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht besteht. Dass es ihm in diesem Fall nicht möglich ist, seinerseits eine Unterlassungsverfügung mit entgegengesetztem Inhalt zu erwirken, beeinträchtigt seine Rechtsschutzmöglichkeiten nicht in ungerechtfertigter Weise. Die Möglichkeit der Aufhebung der neg. Feststellungsverfügung bleibt für ihn unberührt. Zudem entspricht diese Konstellation weitestgehend derjenigen eines zurückgewiesenen Unterlassungsverfügungsgesuchs. Auch hier erginge eine (feststellende) Zurückweisungsentscheidung (§ 922 Abs. 3 ZPO), gegen die der Antragsteller nur im Wege der Beschwerde vorgehen könnte. Der Zulässigkeit eines zweiten Unterlassungsverfügungsgesuchs stünde in dieser Konstellation das Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit entgegen. Der einzige Unterschied bestünde darin, dass ein erfolgreiches Vorgehen gegen eine neg. Feststellungsverfügung (lediglich) zu deren sofortiger Aufhebung führt, während ein erfolgreiches Vorgehen gegen die Zurückweisung eines Unterlassungsverfügungsgesuchs unmittelbar zum Erlass der Unterlassungsverfügung

¹¹³⁹ Siehe Abschnitt D.) IV.) 1.) c.) ee.) fff.), S. 230 f.

¹¹⁴⁰ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) V.) 5.), S. 41 ff.

¹¹⁴¹ Siehe die Nachweise unter Fn. 175.

¹¹⁴² BVerfGE 70, 180, 188 („prozessuales Urrecht des Menschen“); *Walker*, Rn. 46; *Schmahl* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Art. 103, Rn. 1; vgl. auch *Degenhart* in Sachs, Art. 103, Rn. 2; *Borck*, MDR 1988, 908, 909.

führt. Die Zeit für den zusätzlichen Zwischenschritt der Erwirkung einer Unterlassungsverfügung ist bei den im Lauterkeitsrecht häufigen Beschlussverfahren und im Anschluss an die Feststellung des Bestehens des Unterlassungsanspruchs aber denkbar gering. Das mit der Aufhebung der neg. Feststellungsverfügung befasste Gericht könnte eine Unterlassungsverfügung im Beschlussweg in direktem Anschluss an die Aufhebungsentscheidung erlassen.

Im Ergebnis würde die Anerkennung der neg. Feststellungsverfügung dem Anspruchsgegner zu einer zusätzlichen Schutzmöglichkeit verhelfen, die geeignet wäre, bestehende Rechtsschutzlücken zu schließen und Anspruchsgegner damit besser vor ungerechtfertigten Beeinträchtigungen ihrer unternehmerischen Betätigung zu schützen. Da die Anerkennung nicht mit einer Beeinträchtigung der Möglichkeit des Anspruchstellers zur Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz verbunden wäre, würde sie die Verwirklichung des Gebots effektiven Rechtsschutzes fördern.

3.) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Voraussetzungen für die Gewährung von Eilrechtsschutz

Das BVerfG hat bereits vielfach zu der Frage Stellung bezogen, unter welchen Voraussetzungen die Gerichte einstweiligen Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zu gewähren haben.¹¹⁴³ In der Entscheidung BVerfGE 93, 1, 13 f. fasst es diese Voraussetzungen wie folgt zusammen:

„1. Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet den Rechtsweg gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt. Gewährleistet wird nicht nur das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 35, 263 (274); 35, 382 (401 f.) m.w.N.). Wirksamer Rechtsschutz bedeutet auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit. Daraus folgt, daß gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei (endgültiger) richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 37, 150 (153); 65, 1 (70)). Hieraus ergeben sich für die Gerichte Anforderungen an die Auslegung und Anwendung der jeweiligen Gesetzesbestimmungen über den Eilrechtsschutz (vgl. BVerfGE 49, 220 (226); 77, 275 (284)). So sind die Fachgerichte etwa bei der Auslegung und Anwendung des § 123 VwGO gehalten, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn sonst dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, daß ausnahmsweise

¹¹⁴³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.11.2012, 1 BvR 22/12, KommJur 2013, 73, 74 f.; BVerfGE 93, 1, 13 f.; 69, 315, 363 f.

überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfGE 79, 69 (74 f.)).“

Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gerichte in zivilrechtlichen Streitigkeiten Eilrechtsschutz zu gewähren haben, hat das Bundesverfassungsgericht keine entsprechenden Grundsätze ausformuliert. Trotz der Unterschiede zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht hat es in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über den Eilrechtsschutz im Zivilprozess auf die oben zitierten Grundsätze verwiesen¹¹⁴⁴ und diese damit für entsprechend anwendbar erklärt.

Ganz ähnlich hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 8.11.2012¹¹⁴⁵ in Bezug auf den in allen Gerichtsverfahren geltenden Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes entschieden:

„...Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes verlangt grundsätzlich die Möglichkeit eines Eilverfahrens, wenn ohne sie dem Betroffenen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann (vgl. BVerfGE 79, 69 [75]; 93, Seite 1 [14 f.]). Gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren hat so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei (endgültiger) richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können...“

Eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf den zivilrechtlichen Eilrechtsschutz führt zunächst zu dem oben¹¹⁴⁶ bereits herausgearbeiteten Ergebnis, dass bei einer (drohenden) Verletzung subjektiver Rechte die Möglichkeit bestehen muss, die Gerichte anzurufen und diese effektiven, d.h. insbesondere rechtzeitigen, Rechtsschutz zu gewähren haben. Hinsichtlich des Anspruchs auf Justizgewährung und der Effektivität ergeben sich bis auf die Rechtsgrundlage des Justizgewährungsanspruchs¹¹⁴⁷ keine tiefgreifenden Unterschiede.¹¹⁴⁸ Die drohende Gefährdung des Anspruchsgegners und dessen Anspruch auf Justizgewährung werden nicht dadurch ausgeschlossen, dass die drohende Beeinträchtigung durch eine ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung aus der

¹¹⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 22.02.2001, 2 BvR 208/01; EuGRZ 2001, 335.

¹¹⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 08.11.2012, 1 BvR 22/12, KommJur 2013, 73, 74.

¹¹⁴⁶ Siehe S. 259 f.

¹¹⁴⁷ Während die Verfassung mit Art. 19 Abs. 4 GG eine spezielle Rechtsgrundlage für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vorsieht, ist in zivilrechtlichen Streitigkeiten das Rechtsstaatsprinzip als Rechtsgrundlage heranzuziehen, str., siehe Musielak/Musielak, Einleitung, Rn. 6 ff., m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 30.05.2012, 1 BvR 509/11, NJW 2012, 2869, Tz. 8, m.w.N.

¹¹⁴⁸ Starek, S. 108; Walker, Rn. 55.

Inanspruchnahme eines gesetzlich geregelten Verfahrens herrührt. Dies gilt jedenfalls für Verfügungsverfahren, die, durch § 945 ZPO, von dem Gesetzgeber selbst als Quelle rechtswidriger Schädigungen gekennzeichnet wurden. Auch richtet sich das Begehren des Anspruchsgegners nicht gegen die Durchführung des Unterlassungsverfahrens an sich, was durch das prozessuale Privileg ohnehin ausgeschlossen wäre¹¹⁴⁹, sondern hat die Feststellung des Nichtbestehens des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs zum Gegenstand und damit nur mittelbar Einfluss auf das gegenläufige Verfahren.

Effektiver Rechtsschutz ist den Beteiligten nach den zitierten Entscheidungen des BVerfG insbesondere zu gewähren, wenn die Verletzungshandlungen irreparable Zustände schaffen können. Dies ist bei Unterlassungsverpflichtungen in beide Richtungen gleichermaßen möglich. Weder können in der Vergangenheit unterlassene Handlungen zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden, noch können vorgenommene Handlungen nachträglich unterlassen werden.¹¹⁵⁰ Dieser oftmals zugunsten von Anspruchstellern angeführte Aspekt spricht in gleichem Maße für die Gewährung von Eilrechtsschutz zugunsten geschäftlich Handelnder, in deren Geschäftstätigkeit durch ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen widerrechtlich eingegriffen wird. Die drohende Beeinträchtigung durch eine ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht auch nicht als gering zu bewerten. Durch eine ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung wird ein Anspruchsgegner an seiner Geschäftstätigkeit gehindert und damit in dessen Rechte aus Art. 12 und 14 GG eingegriffen¹¹⁵¹.

Im Ergebnis sprechen auch die verfassungsgerichtlichen Vorgaben für die Gewährung von Eilrechtsschutz in zivilrechtlichen Streitigkeiten deutlich für die Anerkennung eines Rechtsbehelfs. Durch diesen würde eine Möglichkeit rechtzeitigen Rechtsschutzes eröffnet, wenn die Gefahr einer irreparablen Verletzung verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter droht.

VII.) Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben

Das deutsche Lauterkeitsrecht wird erheblich durch europäische Vorgaben beeinflusst. In den vergangenen Jahren hatte das UWG insbesondere diverse Richtlinien umzusetzen. Auf

¹¹⁴⁹ Siehe hierzu obige Ausführungen unter B.) I.) 3.), S. 70 ff.

¹¹⁵⁰ Vgl. *Grunsky*, JuS 1976, 277, 281 f. und 284.

¹¹⁵¹ Vgl. *Mann* in Sachs, Art. 12, Rn. 77 ff.; Art. 14, Rn. 47 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 12, Rn. 10; Art. 14, Rn. 10.

das Zivilverfahrensrecht hat sich das Europarecht bisher in vergleichsweise geringem Umfang ausgewirkt. Gleichwohl existieren auch für das Verfahrensrecht in Zivilsachen europarechtliche Gebote und Gewährleistungen, denen zivilprozessuale Rechtsschutzverfahren Rechnung zu tragen haben.¹¹⁵² Es stellt sich damit die Frage, ob eine e.V. auf neg. Feststellung mit den europarechtlichen Anforderungen an das Lauterkeitsverfahrensrecht bzw. das Zivilverfahrensrecht im Allgemeinen vereinbar ist und ob diese eher für oder gegen die Anerkennung dieses Rechtsinstituts sprechen.

1.) Verfahrensrechtliche Vorgaben des Sekundärrechts

Die speziellsten Vorgaben des europäischen Rechts für das deutsche Lauterkeitsrecht entstammen europäischen Sekundärrechtsakten¹¹⁵³.

Die Ausgestaltung des UWG hat diversen Richtlinien Rechnung zu tragen.¹¹⁵⁴ Zu nennen sind hier insbesondere die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken¹¹⁵⁵, über irreführende und vergleichende Werbung¹¹⁵⁶ und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation¹¹⁵⁷. Insbesondere aus Art. 5 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung resultiert eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, geeignete und wirksame Mittel zur Verfügung zu stellen, um die Einhaltung der Richtlinie durchzusetzen. Die Mittel müssen nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie auch ein beschleunigtes Verfahren umfassen. Diesem europarechtlichen Erfordernis wird in Deutschland durch das Rechtsinstitut der Unterlassungsverfügung Rechnung getragen. Aufgrund des privat-

¹¹⁵² Teilweise sind die Gebote und Gewährleistungen darauf beschränkt, die Verwirklichung materiellen europäischen Rechts sicherzustellen, teilweise postulieren sie Verfahrensrechte, die unabhängig von der Herkunft der zugrunde liegenden Rechtsposition Geltung beanspruchen.

¹¹⁵³ Siehe zu den verschiedenen Rechtsakten des europäischen Sekundärrechts Art. 288 AEUV.

¹¹⁵⁴ Vgl. Fezer/Fezer, Einleitung E, Rn. 46 ff.; Köhler/Bornkamm, Einl UWG, Rn. 3.41 ff.; Glöckner in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 17, Rn. 63 ff.

¹¹⁵⁵ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22; berichtigt im ABl. L 253 vom 25.9.2009, S. 18).

¹¹⁵⁶ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung) (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 21).

¹¹⁵⁷ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (ABl. Nr. L 201 S. 37). Zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndRL 2009/136/EG vom 25. 11. 2009 (ABl. Nr. L 337 S. 11).

rechtlichen Systems der Rechtsdurchsetzung im deutschen Lauterkeitsrecht¹¹⁵⁸ existiert auch keine alternative Möglichkeit der behördlichen Untersagung unlauterer Geschäftspraktiken.

Es stellt sich damit die Frage, ob die europarechtliche Verpflichtung, eine Möglichkeit zur Gewährung von Rechtsschutz in einem beschleunigten Verfahren zur Verfügung zu stellen, der oben herausgearbeiteten Möglichkeit des Schutzes vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen entgegensteht.

Im Ergebnis ist dies nicht der Fall. Anspruchstellern steht im Lauterkeitsrecht grundsätzlich ein höchst effektiv ausgestalteter Unterlassungsrechtsschutz zur Verfügung.¹¹⁵⁹ Selbst wenn bereits ein gegenläufiges neg. Feststellungsverfahren rechtshängig ist, steht dies der Zulässigkeit eines Unterlassungsverfügungsgesuchs nicht entgegen.¹¹⁶⁰ Nur wenn ein Gericht auf ein neg. Feststellungsverfahren hin festgestellt hat, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht besteht, kann ein Anspruchsteller nicht seinerseits eine entgegengesetzte Unterlassungsverfügung erwirken, sondern muss gegen die zu seinen Lasten ergangene Entscheidung vorgehen. Diese Einschränkung entspricht weitestgehend der gesetzlich vorgegebenen Konstellation, dass ein Verfügungsgesuch des Anspruchstellers zunächst zurückgewiesen wird, und ist damit gerechtfertigt.¹¹⁶¹

Detailliertere oder weiterreichende Vorgaben für den einstweiligen Rechtsschutz in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten lassen sich dem europäischen Sekundärrecht nicht entnehmen.

Die sog. Durchsetzungsrichtlinie¹¹⁶² hat keinen Einfluss auf das Verfügungsverfahren in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten erlangt. Die Richtlinie statuiert in Art. 3 und 9 auch Vorgaben für die Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz. Der deutsche Gesetzgeber hat von der in Erwägungsgrund 13 der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit der Erstreckung des Anwendungsbereichs auf lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten aber keinen Gebrauch gemacht.¹¹⁶³

¹¹⁵⁸ Köhler/Bornkamm, Einleitung, Rn. 2.25.

¹¹⁵⁹ Siehe obige Ausführungen unter B.) II.) 3.) a.), S. 113 ff.

¹¹⁶⁰ Siehe Abschnitt D.) IV.) 1.) c.) cc.) eee.), S. 209 f.

¹¹⁶¹ Siehe hierzu obige Ausführungen unter D.) VI.) 2.) a.), S. 260.

¹¹⁶² Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45).

¹¹⁶³ Vgl. das umsetzende Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen

Die Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen¹¹⁶⁴ wird in Deutschland durch das Unterlassungsklagengesetz¹¹⁶⁵ und § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG umgesetzt.¹¹⁶⁶ Sie betrifft die Frage der Aktivlegitimation für Unterlassungsansprüche und gilt auch für Verfügungsverfahren (Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie). Vorgaben für die Ausgestaltung lauterkeitsrechtlicher Verfügungsverfahren enthält sie nicht.

Selbiges gilt für die Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz¹¹⁶⁷, die in Deutschland durch das EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz¹¹⁶⁸ umgesetzt wurde.

2.) Vorgaben der Europäischen Grundrechtecharta, der EMRK und des europäischen Primärrechts

Europarechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes lassen sich insbesondere Art. 6 EUV entnehmen. Die Norm begründet einen dreifachen Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene¹¹⁶⁹, der auch justizielle Grundrechte umfasst. Durch Art. 6 Abs. 1 EUV wird die EU-Grundrechte-Charta (EU-GRCharta) rechtsverbindlich anerkannt und in den Rang von europäischem Primärrecht gehoben.¹¹⁷⁰ Über Art. 6 Abs. 2 EUV beanspruchen auch die Vorgaben der EMRK Geltung. Als dritte Quelle prozessualer Grundrechte dienen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV). Soweit sich die Gewährleistungen dieser drei Rechtsquellen überschneiden, sollen Art. 52 Abs. 3 und 4 EU-GRCharta Widersprüche vermeiden und die Schutzbereiche der einzelnen Gewährleistungen einander annähern.¹¹⁷¹

Eigentums vom 7. Juli 2008 (BGBl. I S. 1191, ber. S. 2070).

¹¹⁶⁴ Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 166 vom 11.6.1998, S. 51).

¹¹⁶⁵ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.08.2002 (BGBl. I S. 3422, ber. 4346), zuletzt geändert durch Gesetz vom 06.02.2012 (BGBl. I S. 146) m.W.v. 14.02.2012.

¹¹⁶⁶ Köhler/Bornkamm, Einl UWG, Rn. 3.66.

¹¹⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.10.2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (ABl. EG 2004 Nr. L 364, S.1), geändert durch RL vom 11.05.2005 (ABl. EG Nr. L 149, S. 22).

¹¹⁶⁸ EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3367), das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 51 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

¹¹⁶⁹ Streinz in Streinz, Art. 6 EUV, Rn. 35.

¹¹⁷⁰ Hatje in Schwarze, Art. 6 EUV, Rn. 5 f.; Streinz in Streinz, Art. 6 EUV, Rn. 1 f.; Jarass, Einl, Rn. 1.

¹¹⁷¹ Siehe hierzu Borowsky in Meyer, Art. 52, Rn. 44 ff.; vgl. auch Jarass, NJW 2011, 1393.

Ebenso wie dem GG können diesen europäischen Rechtsgrundsätzen keine Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung von Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Einzelfall entnommen werden. Allerdings fordern auch diese Rechtsquellen die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes und die prozessuale Gleichbehandlung der Parteien.

So ergibt sich beispielsweise aus Art. 47 EU-GRCharta die Verpflichtung zur Gewährung von effektivem gerichtlichen Rechtsschutz¹¹⁷², der auch einen ausreichenden vorläufigen Rechtsschutz umfasst.¹¹⁷³ Das Gebot der Waffen- und Chancengleichheit der Parteien wird aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 47 Abs. 2 EU-GRCharta) abgeleitet.¹¹⁷⁴

Im Rahmen der EMRK ergibt sich ein entsprechender Schutz aus Art. 6 Abs. 1 EMRK. Auf Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes findet Art. 6 Abs. 1 EMRK Anwendung, wenn sie die Hauptsacheentscheidung faktisch vorwegnehmen.¹¹⁷⁵ Bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen und neg. Feststellungsverfügungen ist dies der Fall. Die Gewährleistung umfasst das Recht auf Zugang zu Gerichten mit effektiver Überprüfungsbefugnis¹¹⁷⁶. Der EGMR leitet auch einen Anspruch auf Waffengleichheit aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ab.¹¹⁷⁷ In der Entscheidung *Dombo Beheer B.V./Niederlande*¹¹⁷⁸ führt er hierzu aus:

„Der Gerichtshof stimmt mit der Kommission überein, daß im Hinblick auf eine Prozeßführung die sich auf unterschiedliche private Interessen bezieht, der Begriff „Waffengleichheit“ beinhaltet, daß jeder Partei eine vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden muß, ihren Fall - einschließlich ihrer Zeugenaussage - vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substanziellen Nachteil im Verhältnis zu seinem Prozeßgegner bedeuten. Es bleibt den nationalen Behörden überlassen, in jedem einzelnen Fall sicherzustellen, daß die Anforderungen an eine „faire Anhörung“ erfüllt sind.“

Auch den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV) hat der EuGH entsprechende Grundrechte entnommen. So hat er unter anderem Ansprüche

¹¹⁷² Streinz in Streinz, Art. 47 GR-Charta, Rn. 4 f.; Jarass, Art. 47, Rn. 17 und 23, m.w.N.; ders., NJW 2011, 1393; Eser in Mayer, Art. 47, Rn. 10 und 28.

¹¹⁷³ Jarass, Art. 47, Rn. 28, m.w.N.; EuGH, Urteil vom 13.03.2007, C-432/05, NJW 2007, 3555; Urteil vom 19.06.1990, C-213/89, NJW 1991, 2271, 2272.

¹¹⁷⁴ Jarass, Art. 47, Rn. 37, m.w.N.; ders., NJW 2011, 1393, 1396; Eser in Mayer, Art. 47, Rn. 10.

¹¹⁷⁵ Meyer in Karpenstein/Mayer, Art. 6, Rn. 22; EGMR, Urteil vom 23.10.2001, 51591/99, Markass Car Hire Ltd./Zypern.

¹¹⁷⁶ Meyer in Karpenstein/Mayer, Art. 6, Rn. 51; vgl. auch Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, Kap. 14, Rn. 2.

¹¹⁷⁷ Siehe auch Schlosser, NJW 1995, 1404, 1405 f.; Schumann in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 40.

¹¹⁷⁸ EGMR, Urteil vom 27.10.1993, 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 f.

auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz, auf ein faires Verfahren, auf effektive Verteidigung und auf Gleichbehandlung anerkannt.¹¹⁷⁹

Soweit sich die europäischen Vorgaben mit den grundgesetzlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Zivilrechtsschutzes decken, sprechen diese Gewährleistungen in gleichem Maße für die Anerkennung einer e.V. auf neg. Feststellung in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten¹¹⁸⁰.

VIII.) Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Übereinkommen mit Bezug zum Lauterkeitsrecht

Die Bundesrepublik Deutschland ist diverse völkerrechtliche Verpflichtungen mit Bezug zum Gewerblichen Rechtsschutz eingegangen.¹¹⁸¹ Bindende Vorgaben für die Ausgestaltung des Lauterkeitsverfahrensrechts könnten insbesondere der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ)¹¹⁸² und dem Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)¹¹⁸³ zu entnehmen sein. Bei beiden Übereinkommen handelt es sich um multilaterale (mehrseitige) Verträge, welche die Bundesrepublik Deutschland gegenüber den anderen Vertragsparteien zur Umsetzung der vereinbarten Regelungen verpflichten.

Die bereits aus dem Jahr 1883 stammenden Regelungen der PVÜ werden durch die wesentlich jüngeren Regelungen des TRIPs ergänzt.¹¹⁸⁴ Gemeinsam bilden sie einen Teil des internationalen Rahmens für die Gestaltung nationaler Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums.

1.) Vorgaben der PVÜ

Die PVÜ hat nach deren Art. 2 Abs. 2 unter anderem die Unterdrückung des unlauteren Wettbewerbs zum Gegenstand. Art. 10^{bis} Abs. 1 PVÜ enthält die Verpflichtung der

¹¹⁷⁹ Streinz in Streinz, Art. 6 EUV, Rn. 29.

¹¹⁸⁰ Siehe obige Ausführungen unter D.) VI.), S. 252 ff.

¹¹⁸¹ Siehe zu den diversen völkerrechtlichen Übereinkommen mit Bezug zum Gewerblichen Rechtsschutz Stoll in Busche/Stoll, Einl. 1, Rn. 3 ff.

¹¹⁸² Vom 20. März 1883. Die Bundesrepublik Deutschland ist der Übereinkunft in der (Stockholmer) Fassung vom 14.07.1967 beigetreten (BGBl. 1970 II S. 391, ber. 1985 II S. 975).

¹¹⁸³ Vom 15. April 1994 (BGBl. II S. 1730).

¹¹⁸⁴ Stoll in Busche/Stoll, Einl. 1, Rn. 3 ff.

Verbandsstaaten, einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern.¹¹⁸⁵ Art. 10^{ter} Abs. 1 PVÜ begründet die ergänzende Verpflichtung, geeignete Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen.¹¹⁸⁶ Diese Anforderung entspricht der bereits mehrfach und aufgrund verschiedener Rechtsgrundlagen festgestellten Verpflichtung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes¹¹⁸⁷.

Dementsprechend kann in Bezug auf diese Anforderung auf die obige Feststellung¹¹⁸⁸ verwiesen werden, dass die Möglichkeit der Inanspruchnahme effektiven Primärrechtsschutzes für Anspruchsteller durch die Akzeptanz einer e.V. auf neg. Feststellung kaum eingeschränkt wird. Soweit der Anspruchsteller durch eine e.V. auf neg. Feststellung an der Erwirkung einer Unterlassungsverfügung gehindert wird, ist dies durch gleichrangige, rechtsstaatliche Erfordernisse gerechtfertigt.¹¹⁸⁹

2.) Anforderungen des TRIPs

Das TRIPs dient dem Schutz geistigen Eigentums (Art. 1 Abs. 2 TRIPs). Dieser Schutz wird in Deutschland primär durch die diversen Sonderschutzrechtsgesetze¹¹⁹⁰ und nicht durch das UWG gewährleistet. Überschneidungen ergeben sich jedoch im Bereich des ergänzenden Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG¹¹⁹¹ und des Know-how-Schutzes.¹¹⁹² Soweit das Lauterkeitsverfahrensrecht die Durchsetzung von Rechtspositionen zum Gegenstand hat, die dem Anwendungsbereich des TRIPs unterliegen, hat es auch dessen Anforderungen zu erfüllen. Art. 50 TRIPs enthält detaillierte Vorgaben für die Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes zum Schutz geistigen Eigentums. Danach hat das nationale Verfahrensrecht bei möglichen Verletzungen geistigen Eigentums ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, durch das schnell, wirksam und ggf. auch ohne Anhörung des Gegners einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden kann.¹¹⁹³

¹¹⁸⁵ Siehe auch *Köhler/Bornkamm*, Einl UWG, Rn. 5.2.

¹¹⁸⁶ *Brand* in *Busche/Stoll*, Art. 2, Rn. 113.

¹¹⁸⁷ Siehe Abschnitte D.) VI.), S. 252 ff. und D.) VII.), S. 266 ff.

¹¹⁸⁸ Siehe die Ausführungen unter D.) VI.), S. 252 ff.

¹¹⁸⁹ Siehe die Ausführungen unter D.) VI.), S. 252 ff.

¹¹⁹⁰ Siehe zu den verschiedenen Schutzrechten Abschnitt A.) IV.) 2.), S. 26.

¹¹⁹¹ *Köhler/Bornkamm*, § 4, Rn. 9.15; vgl. auch EuGH, Urteil vom 14.12.2000, C-300/98, Tz. 50 ff., GRUR Int. 2001, 327, 330 f..

¹¹⁹² *Sambuc* in *Harte/Henning*, Einl G, Rn. 182.

¹¹⁹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 16.06.1998, C-53/96, Tz. 36 ff., GRUR Int. 1998, 697, 700.

Ein solch effektives Unterlassungsverfügungsverfahren gewährleistet das Lauterkeitsverfahrensrecht. Den Vorgaben des TRIPs kann nicht entnommen werden, dass dieses Verfahren keine Einschränkungen prozessualer Art erfahren darf, sofern die Möglichkeit der Inanspruchnahme effektiven Eilrechtsschutzes auch ohne Anhörung des Gegners grundsätzlich besteht. Diese Möglichkeit ist auch im Fall der Anerkennung von e.V.'en auf neg. Feststellung gewährleistet.¹¹⁹⁴

Im Ergebnis stehen daher weder die Vorgaben der PVÜ noch die des TRIPs der Anerkennung einer neg. Feststellungsverfügung im Lauterkeitsrecht entgegen.

¹¹⁹⁴ Siehe hierzu obige Ausführungen unter D.) VI.) 2.), S. 254 ff.

E.) Weitere Voraussetzungen neben der Statthaftigkeit

Erachtet man eine e.V. auf neg. Feststellung als statthaft, so stellt sich die Frage, welche weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit es zu einer neg. Feststellungsentscheidung kommen kann.

I.) Herleitung der weiteren Voraussetzungen

Bei der Herleitung der weiteren Voraussetzungen ist dem Mischcharakter der neg. Feststellungsverfügung als Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes einerseits und Feststellungsbegehren andererseits Rechnung zu tragen.

Aufgrund der Eigenschaft als Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes sind im Ausgangspunkt die Vorschriften für das Verfügungsverfahren heranzuziehen. Entsprechend dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass Regelungslücken in den zivilprozessualen Vorgaben über den einstweiligen Rechtsschutz (§§ 916 ff. ZPO) unter Heranziehung der Vorschriften für das Hauptsacheverfahren zu füllen sind, sofern die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes dem nicht entgegenstehen,¹¹⁹⁵ ist auch für eine e.V. auf neg. Feststellung ergänzend an die Vorgaben für Hauptsacheverfahren anzuknüpfen. Gerade bei Befriedigungsverfügungen wie Unterlassungsverfügungen (aber auch neg. Feststellungsverfügungen), bei denen sich die Sachentscheidungen in Hauptsache- und Verfügungsverfahren decken, erfolgt eine besonders enge Annäherung von Verfügungs- und Hauptsacheverfahren, wobei partiell selbst Regelungen des Verfügungsverfahrens durch Vorgaben des Hauptsacheverfahrens überlagert werden¹¹⁹⁶. Im Lauterkeitsrecht sprechen weitere Gesichtspunkte in besonderem Maße für die Heranziehung der Vorschriften über das Hauptsacheverfahren. E.V.'en, insbesondere Unterlassungsverfügungen, spielen hier eine sehr wichtige Rolle bei der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen und treten überwiegend an die Stelle von Unterlassungsklagen.¹¹⁹⁷ Zudem spricht hier auch die Verknüpfung von Verfügungsverfahren mit den Wirkungen eines Hauptsacheurteils durch das in lauterkeitsrechtlichen Konstellationen besonders häufige Instrument des Abschlussverfahrens für eine ähnliche Ausgestaltung. Um die prozessökonomischen Wirkungen des Abschlussverfahrens zu bewahren, ist es erforderlich, dass es eine nahtlose

¹¹⁹⁵ Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 567.

¹¹⁹⁶ Bspw. durch die Anwendbarkeit von § 253 ZPO anstatt von § 920 ZPO auf Befriedigungsverfügungsgesuche. Siehe diesbezüglich Abschnitt B.) II.) 1.) b.) aa.), S. 79 f.

¹¹⁹⁷ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 138.

Überleitung des vorläufigen Titels der e.V. in einen dauerhaft streitbeilegenden Titel gewährleisten kann. Dies ist umso eher der Fall, je ähnlicher Verfügungs- und Hauptsacheverfahren ausgestaltet sind.

Zudem gilt es den Charakter des Rechtsinstruments als Feststellungsbegehren zu berücksichtigen und damit auch den Anforderungen der ZPO für Feststellungsbegehren Rechnung zu tragen.

II.) Überblick über die allgemeinen Prozessvoraussetzungen

Die im Allgemeinen für Klageverfahren, und damit mittelbar auch für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, geltenden Anforderungen beanspruchen in gleichem Maße Geltung für ein neg. Feststellungsverfahren. Die wichtigsten Voraussetzungen sollen nachfolgend kurz dargestellt werden.¹¹⁹⁸

1.) Eingreifen der deutschen Gerichtsbarkeit

Dem deutschen Staat steht im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland die Gerichtshoheit zu.¹¹⁹⁹ Dieser Gerichtshoheit unterliegen grundsätzlich alle Personen, die sich in dem Hoheitsgebiet befinden.¹²⁰⁰ Eingeschränkt wird die Gerichtshoheit insbesondere durch die §§ 18 – 20 GVG und völkerrechtliche Übereinkommen.¹²⁰¹ Lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten wird diese Prozessvoraussetzung kaum einmal entgegenstehen, da die durch diese Vorschriften geschützten Personen grundsätzlich nicht geschäftlich tätig sind.

2.) Eröffnung des Zivilrechtswegs

Die Zivilgerichtsbarkeit als Bestandteil der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist nur für zivilrechtliche Streitigkeiten eröffnet.¹²⁰² Bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten

¹¹⁹⁸ Siehe hierzu auch Walker, Rn. 177 ff.

¹¹⁹⁹ *Schilken*, ZPO, § 7, Rn. 281.

¹²⁰⁰ *Schilken*, ZPO, § 7, Rn. 281.

¹²⁰¹ Siehe hierzu *Jauernig/Hess*, § 5, Rn. 2 ff.

¹²⁰² Zur Terminologie und zur Abgrenzung von anderen Gerichtsbarkeiten siehe *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §§ 9 ff.

ergeben sich diesbezüglich in aller Regel keine Abgrenzungsschwierigkeiten. Diese sind bürgerliche Rechtsstreitigkeiten i.S.v. § 13 GVG.¹²⁰³

3.) Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit bezeichnet die Fähigkeit, Subjekt eines Rechtsstreits sein zu können.¹²⁰⁴ Gemäß § 50 Abs. 1 ZPO setzt sie Rechtsfähigkeit voraus. Im Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts können Fragen der Prozessfähigkeit insbesondere in Bezug auf juristische Personen auftreten.¹²⁰⁵ Gegenüber geschäftlich handelnden Unternehmen ist zu beachten, dass ein Verfügungsgesuch stets gegen den jeweiligen Rechtsträger zu richten ist und ein gerichtliches Vorgehen gegen nicht rechtsfähige Einheiten wie Betriebe, Abteilungen oder rechtlich unselbstständige Niederlassungen unzulässig wäre.

4.) Prozessfähigkeit

Die Prozessfähigkeit (§ 51 ZPO) wird als die Fähigkeit definiert, einen Prozess selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter führen zu können.¹²⁰⁶ Sie bildet das prozessuale Gegenstück zur Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) und dient damit auch dem Schutz prozessunfähiger Parteien vor eigener unsachgemäßer Prozessführung.¹²⁰⁷ In Bezug auf die Prozessfähigkeit ergeben sich für das Verfügungsverfahren keine Besonderheiten im Vergleich zu Hauptsacheverfahren.

5.) Postulationsfähigkeit

Die Postulationsfähigkeit bezeichnet die Fähigkeit, selbst vor dem befassen Gericht auftreten und wirksam Prozesshandlungen vornehmen zu können.¹²⁰⁸ Gemäß § 78 ZPO müssen sich die Beteiligten in Zivilsachen, außer bei den Amtsgerichten, grundsätzlich von Rechtsanwälten vertreten lassen. Für lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten ist gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1 UWG, 937 Abs. 1 ZPO erstinstanzlich streitwertunabhängig die Zuständigkeit der Landgerichte eröffnet. Gemäß §§ 920 Abs. 3, 936 und 78 Abs. 3 ZPO besteht allerdings für Verfügungsgesuche dennoch kein Anwaltszwang.¹²⁰⁹ Ein neg. Feststellungsverfügungs-

¹²⁰³ Melullis, Rn. 9.

¹²⁰⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 43, Rn. 1; Musielak/Weth, § 50, Rn. 13.

¹²⁰⁵ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 43, Rn. 7 ff.; MüKoZPO/Lindacher, § 50, Rn. 11 ff.

¹²⁰⁶ Musielak/Weth, § 51, Rn. 1; Jauernig/Hess, § 20, Rn. 1.

¹²⁰⁷ Jauernig/Hess, § 20, Rn. 3.

¹²⁰⁸ Schilken, ZPO, § 7, Rn. 278; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 45, Rn. 1.

¹²⁰⁹ Siehe Abschnitt B.) II.) 1.) b.) aa.), S. 80, insbesondere die Nachweise unter Fn. 351.

gesuch könnte somit, ebenso wie ein Unterlassungsverfügungsgesuch, durch den Antragsteller selbst erstellt und eingereicht werden. In der Praxis empfiehlt es sich aufgrund der Komplexität der Materie in prozessualer und materieller Hinsicht gleichwohl, das Verfügungsgesuch durch einen Rechtsanwalt erstellen zu lassen.

6.) Prozessführungsbefugnis

Die Prozessführungsbefugnis ist die Berechtigung, über ein eigenes oder fremdes Recht im eigenen Namen einen Prozess führen zu dürfen.¹²¹⁰ Das Erfordernis der Prozessführungsbefugnis ist erfüllt, wenn eigene Rechtspositionen im eigenen Namen geltend gemacht werden. Macht eine Partei fremde Rechtspositionen im eigenen Namen geltend, kann eine Partei unter den Voraussetzungen der gewillkürten oder der gesetzlichen Prozessstandschaft prozessführungsbefugt sein.¹²¹¹

7.) Sachliche Zuständigkeit des befassen Gerichts

Gemäß § 937 Abs. 1 ZPO bemisst sich die sachliche (und örtliche) Gerichtszuständigkeit für Verfügungsgesuche nach der gerichtlichen Zuständigkeit für Hauptsacheverfahren. Auch wenn in § 13 Abs. 1 S. 1 UWG von Rechtsstreitigkeiten, mit denen ein Anspruch geltend gemacht wird, die Rede ist, besteht kein Zweifel daran, dass dies gleichermaßen für gegenläufige neg. Feststellungsbegehren gilt, mit denen gerade das Nichtbestehen eines Anspruchs geltend gemacht wird.¹²¹² Dementsprechend sind die Landgerichte für die Entscheidung über neg. Feststellungsverfügungsgesuche ausschließlich zuständig.

8.) Keine anderweitige Rechtshängigkeit

Oben wurde bereits dargelegt, dass das allgemeine Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO im Verfügungsverfahren entsprechende Anwendung findet.¹²¹³ Für die Zulässigkeit eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs hat dies insbesondere in zweifacher Hinsicht Auswirkungen.

Der Zulässigkeit eines Verfügungsgesuchs auf neg. Feststellung steht die Rechtshängigkeit eines früheren identischen Verfügungsgesuchs des Antragstellers entgegen. Dies hat

¹²¹⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 46, Rn. 1.

¹²¹¹ Eingehend *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 43, Rn. 6 ff.

¹²¹² *Fezer/Büscher*, § 13, Rn. 10.

¹²¹³ Siehe die Nachweise unter Fn. 939.

insbesondere auch zur Folge, dass ein Antragsteller sein Verfügungsgesuch nicht mehrfach gleichzeitig geltend machen kann und hierdurch mehrere Chancen auf eine stattgebende Gerichtsentscheidung erhält.

Zudem wird das Prozesshindernis auch durch ein gegnerisches, bereits rechtshängiges Unterlassungsverfügungsverfahren begründet, unabhängig davon, ob dieses als Beschluss- oder Urteilsverfahren durchgeführt wird. Im Gegensatz zur entgegengesetzten Konstellation eines prioritären Feststellungsverfügungsgesuchs wird der Streitgegenstand eines neg. Feststellungsverfügungsverfahrens als kontradiktorisches Gegenteil des in einem Leistungsbegehren als Minus enthaltenen Feststellungsbegehrens von dem Streitgegenstand des Unterlassungsverfügungsverfahrens umfasst.¹²¹⁴

9.) Keine entgegenstehende Rechtskraft

Auch das Prozesshindernis entgegenstehender Rechtskraft kann in zwei Richtungen ein Prozesshindernis entfalten.¹²¹⁵ Einerseits können rechtskräftig zurückgewiesene Feststellungsverfügungsgesuche der Zulässigkeit eines weiteren Gesuchs mit identischem Streitgegenstand entgegenstehen.¹²¹⁶ Diesbezüglich ist aber die beschränkte Rechtskraftwirkung e.V.'en zu berücksichtigen.¹²¹⁷ Der Umfang dieser Rechtskraftwirkung bestimmt im Fall eines erfolgreichen Verfügungsgesuchs den von der Entscheidung ausgehenden Schutz und ist im Gegenzug, im Fall der Zurückweisung, entscheidend für die Frage der Zulässigkeit eines zweiten Gesuchs. In Bezug auf den Umfang der Rechtskraftwirkungen kann die Streitfrage¹²¹⁸ Bedeutung erlangen, ob es erforderlich ist, neue Tatsachen zur Glaubhaftmachung des behaupteten Sachverhalts vorzutragen oder ob bereits neue Mittel der Glaubhaftmachung ausreichen, um eine erneute Überprüfung der Sachentscheidung zu ermöglichen.

Andererseits können gegenläufige Unterlassungsverfügungen ein Prozesshindernis für Verfügungsgesuche auf neg. Feststellung begründen. Während diese Wirkung bei formell rechtskräftigen Urteilsverfügungen vergleichsweise unproblematisch eintritt, stellt sich bei stattgebenden Beschlussverfügungen, ähnlich wie in der entgegengesetzten

¹²¹⁴ Siehe die obigen Ausführungen unter D.) IV.) 2.) c.), S. 240 ff.

¹²¹⁵ Siehe zu den Rechtskraftwirkungen von e.V.'en im Allgemeinen die Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) dd.), S. 210 ff.

¹²¹⁶ Vgl. auch *Walker*, Rn. 194.

¹²¹⁷ Siehe die Ausführungen unter Abschnitt B.) II.) 1.) b.) hh.), S. 94 ff.

¹²¹⁸ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 435 und 436.

Konstellation¹²¹⁹, die Frage, inwiefern diese, aufgrund der Besonderheit ihrer unbefristeten Anfechtungsmöglichkeit nicht in formelle Rechtskraft erwachsenden Entscheidungen eine Bindungswirkung entfalten. Wie in der gegenläufigen Konstellation sprechen die Gesichtspunkte der Verhinderung einer Mehrfachbefassung der Justiz mit derselben Streitigkeit sowie des Ausschlusses widersprüchlicher Entscheidungen dafür, diesen regelmäßig tatsächlich streitbeendigenden Entscheidungen eine Bindungswirkung zuzusprechen. Auch hier sollten der unterlegene Gegner und die Justiz die bereits getroffene Entscheidung zu beachten haben und der unterlegene Gegner auf die Möglichkeit des Widerspruchs (oder der weiteren Rechtsbehelfe gegen den Bestand von e.V.'en) verwiesen werden.¹²²⁰ Da der Streitgegenstand eines neg. Feststellungsverfahrens als Minus von dem eines gegenläufigen Unterlassungsverfahrens umfasst wird¹²²¹, vermögen Unterlassungsverfügungen das Prozesshindernis der entgegenstehenden Rechtskraft gegenüber neg. Feststellungsverfügungsgesuchen zu begründen.

10.) Ordnungsgemäßes Verfügungsgesuch

Oben¹²²² wurde bereits dargelegt, dass hinsichtlich des Inhalts lauterkeitsrechtlicher Befriedigungsverfügungsgesuche die begünstigenden Vorgaben für Verfügungsverfahren (§ 920 Abs. 1 ZPO) nicht anwendbar sind, sondern die strengeren Anforderungen für Klageschriften einzuhalten sind. E.V.'en auf neg. Feststellung sind ebenso wie Unterlassungsverfügungen als Befriedigungsverfügungen zu qualifizieren.¹²²³ Aufgrund dieses Charakters sind auf neg. Feststellungsverfügungen ebenfalls die Vorgaben der §§ 253, 130 ZPO anzuwenden.

Die größten Probleme wirft hierbei die Formulierung eines bestimmten (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und zugleich materiell-rechtlich umfassenden, aber nicht überschießenden (Feststellungs-) Antrags auf.¹²²⁴ Im Lauterkeitsrecht, wie auch sonst im Bereich des

¹²¹⁹ Aufgrund der unterschiedlichen Streitgegenstände würde eine Unterlassungsverfügung das Prozesshindernis der entgegenstehenden Rechtskraft begründen, während eine Feststellungsentscheidung in Bezug auf gegenläufige Unterlassungsverfügungsgesuche „nur“ präjudizielle Wirkung hinsichtlich der nachgelagerten Frage der Begründetheit des Gesuchs entfalten kann.

¹²²⁰ Siehe obige Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) dd.) bbb.), S. 214 ff. nebst den Nachweisen unter Fn. 999.

¹²²¹ Siehe die obigen Ausführungen unter D.) IV.) 2.) c.), S. 240 ff.

¹²²² Siehe hierzu die Ausführungen unter B.) II.) 1.) b.) aa.), S. 79 f.

¹²²³ Siehe die Nachweise unter Fn. 1026.

¹²²⁴ Vgl. *Brüning* in Harte/Henning, Vorb zu § 12, Rn. 75 ff., zur Konstellation in Hauptsacheverfahren, wobei sich bzgl. der Antragsformulierung keine Unterschiede zu Verfügungsverfahren ergeben, da sowohl Unterlassungsverfügungen als auch neg. Feststellungsverfügungen als Befriedigungs-

gewerblichen Rechtsschutzes, weist dieses Erfordernis regelmäßig einen gesteigerten Schwierigkeitsgrad auf.¹²²⁵ Der Antragsteller eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs hat hierzu das gegnerische Unterlassungsbegehren zunächst tatsächlich zu erfassen, ein entsprechendes Antragsbegehren auszuformulieren und dieses entsprechend seinem Begehren auf neg. Feststellung abzuwandeln.

Um das gegnerische Unterlassungsbegehren vollumfänglich einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen, hat ein Anspruchsgegner, wenn ein Unterlassungsbegehren auf verschiedene Lebenssachverhalte gestützt werden kann oder die Durchsetzung mehrerer Anspruchsbegehren droht, darauf zu achten, dass er mit seinem Verfügungsgesuch sämtliche Anspruchsbegehren erfasst und deren Unbegründetheit aus allen in Betracht kommenden Lebenssachverhalten darlegt und glaubhaft macht.

11.) Rechtsschutzbedürfnis

Die Inanspruchnahme der Gerichte erfordert im Regelfall ein Rechtsschutzbedürfnis. Die besondere Prozessvoraussetzung eines Feststellungsinteresses bei Feststellungsbegehren¹²²⁶ stellt eine spezielle Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses dar¹²²⁷. Ist dieses gegeben, sind kaum Konstellationen denkbar, in denen es einem Feststellungsbegehren dennoch am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis mangelt.

Neg. Feststellungsverfügungsgesuchen dürfte im Einzelfall entgegengehalten werden, dass sie in rechtsmissbräuchlicher Absicht geltend gemacht werden, da sie dazu dienen, ein unlauteres Verhalten gegen Unterlassungsverfügungen abzusichern bzw. deren Untersagung zumindest zeitlich aufzuschieben, um für diesen Zeitraum weiterhin Vorteile aus einem unlauteren Verhalten ziehen zu können. Ein Schutz vor gegenläufigen Unterlassungsverfügungen wäre ausschließlich möglich, wenn ein neg. Feststellungsverfügungsgesuch zumindest anfänglich Erfolg hätte. Die geringere Richtigkeitsgewähr der summarischen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes führt zwar zu einer gesteigerten Gefahr materiell-rechtlich unzutreffender Entscheidungen, diese Gefahr ist aufgrund der

verfügung zu qualifizieren sind; sowie die Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Teplitzky*, GRUR 2003, 272, 280 f.; GRUR 1992, 821, 825 f.

¹²²⁵ Vgl. bspw. Ahrens/*Jestaedt*, Kap. 22, Rn. 1 ff.; *ders.*, GRUR 1985, 480; *Borck*, WRP 1979, 274, 276.

¹²²⁶ Siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter E.) IV.) 4.), S. 288 ff.

¹²²⁷ Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 89, Rn. 30; *Jauernig/Hess*, § 35, Rn. 18; *Brehm* in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 106 f.; *Wieczorek/Schütze/Assmann*, Vor § 253, Rn. 77; *Lüke*, JuS 1969, 301, 304.

gesetzgeberischen Wertentscheidung aber hinzunehmen. Zur Gewährleistung effektiven Eilrechtsschutzes wird die erhöhte Gefahr unzutreffender Entscheidungen bewusst in Kauf genommen, wie sich beispielsweise den §§ 945 und 926 ZPO entnehmen lässt. Der gleichberechtigte Zugang beider Parteien gewährleistet zumindest, dass dieses Risiko nicht einseitig verteilt ist.

Die Gefahr der Möglichkeit zur Vornahme unlauterer geschäftlicher Handlungen infolge ungerechtfertigter neg. Feststellungsverfügungen wird im Lauterkeitsrecht durch den weiten Kreis der Anspruchsberechtigten für Unterlassungsansprüche¹²²⁸ reduziert. Eine Feststellungsentscheidung entfaltet nur zwischen den Parteien des Verfahrens Rechtswirkungen. Den weiteren Anspruchsberechtigten verbleibt somit die Möglichkeit, Unterlassungsverfügungen gegen einen geschäftlich Handelnden zu erwirken, selbst wenn dieser gegenüber Dritten bereits gerichtlich hat feststellen lassen, dass eine bestimmte geschäftliche Handlung im Verhältnis zu diesen keine Unterlassungsansprüche zur Folge hat. Im Gegensatz zu der gegenläufigen Konstellation einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung, bei der bereits die Vollstreckung einer einzigen ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung zu materiell rechtswidrigen Ergebnissen führt, wohnt einer neg. Feststellungsentscheidung somit ein wesentlich geringeres Missbrauchspotential inne.

Im Ergebnis kann die Inanspruchnahme des Verfahrens daher nicht aufgrund ihrer Auswirkungen auf gegenläufige Unterlassungsverfügungsverfahren als rechtsmissbräuchlich bewertet werden.

III.) Gerichtsstand

Der allgemeinen Prozessvoraussetzung der örtlichen Zuständigkeit kommt für lauterkeitsrechtliche Verfügungsverfahren aufgrund des oftmals eröffneten „fliegenden Gerichtsstands“, des Wahlrechts gemäß § 35 ZPO sowie den örtlichen Besonderheiten in der Rechtsprechung besondere Bedeutung zu.¹²²⁹

Der Gerichtsstand für Verfügungsverfahren richtet sich gemäß § 937 Abs. 1 ZPO nach dem Gerichtsstand für Hauptsacheverfahren. Das einer neg. Feststellungsverfügung entsprechende Hauptsacheverfahren ist eine neg. FK. Zuständig für die Entscheidung über eine neg. FK sind alle Gerichte, die auch für die Entscheidung über eine gegenläufige

¹²²⁸ Siehe Abschnitt A.) V.) 10.), S. 60 f.

¹²²⁹ Siehe obige Ausführungen unter A.) V.) 2.), S. 30 ff.

Unterlassungsklage zuständig wären.¹²³⁰ Gemäß § 35 ZPO hat der Kläger zwischen mehreren eröffneten Gerichtsständen die Wahl. Als Regelung der Allgemeinen Vorschriften der ZPO sowie über die Verweisungsnorm des § 937 Abs. 1 ZPO ist § 35 ZPO auf Antragsteller eines Verfügungsgesuchs entsprechend anwendbar. Neben dem Gerichtsstand nach § 14 Abs. 1 UWG stünde dem Antragsteller eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs, zumindest im Verhältnis zu Mitbewerbern, somit auch der Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2 S. 1 UWG zur Verfügung. Durch den in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten oftmals bundesweit eröffneten fliegenden Gerichtsstand hätte der Antragsteller eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs die Auswahl unter einer Vielzahl von Gerichten.

Obwohl die Vorschrift des § 35 ZPO ausschließlich auf die prozessuale Stellung (vgl. den Wortlaut „Kläger“) und nicht auf die materielle Rechtslage abstellt, wird in Bezug auf neg. FK'n eingewandt, dass einem Anspruchsgegner nicht die endgültige Wahl des Gerichtsstands überlassen werden dürfe.¹²³¹ Befürchtet wird insbesondere eine Entwertung des Rechtsinstituts der Abmahnung, da sich ein Anspruchsteller dazu veranlasst sehen könnte, unmittelbar ein gerichtliches Verfahren einzuleiten, um als Kläger/Antragsteller selbst das Wahlrecht ausüben zu können.¹²³²

Wie oben bereits ausgeführt¹²³³, handelt es sich bei der Zuweisung des Wahlrechts an den Initiator eines Verfahrens um die einzig praktikable Lösung.¹²³⁴ Jedes Gerichtsverfahren beginnt mit dem Eingang des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes bei Gericht. Ein Wahlrecht, das an die materielle Anspruchsberechtigung anknüpft, hätte zur Folge, dass der Initiator eines neg. Feststellungsverfahrens (gleich ob Verfügungs- oder Hauptsacheverfahren) zunächst Kontakt zu dem Anspruchsteller aufzunehmen hätte, um diesem die Ausübung des Wahlrechts zu ermöglichen. Erst wenn der Anspruchsteller dem nachgekommen ist, wäre für den Gegner der Zugang zu den Gerichten eröffnet. Zudem widerspricht die Aberkennung des Wahlrechts aus § 35 ZPO im Fall von neg. Feststellungsverfahren der Gesetzeslage, da das Wahlrecht allein auf die prozessuale Stellung und nicht auf die (behauptete) materielle Rechtslage abstellt.

¹²³⁰ OLG Köln, Urteil vom 07.04.1978, 6 U 179/77, GRUR 1978, 658, m.w.N. – *Immer jünger*; OLG Hamburg, Urteil vom 23.03.1995, 3 U 254/94, WRP 1995, 851; *Keller*, WRP 2000, 908, 910; *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 71, m.w.N.; a.A. *Schotthöfer*, WRP 1986, 14, 16.

¹²³¹ BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 - *Parallelverfahren II*.

¹²³² BGH, Urteil vom 07.07.1994, I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 - *Parallelverfahren II*; so wohl auch *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 71.

¹²³³ Siehe Abschnitt A.) V.) 2.), S. 31.

¹²³⁴ Vgl. diesbezüglich *Borck*, WRP 1997, 265, 268.

Auch mit Sinn und Zweck des Gerichtsstands des Begehungsorts ist eine generelle Zuweisung an den Anspruchsteller nicht vereinbar. Dieser Gerichtsstand dient nicht der effektiven Rechtsdurchsetzung des Anspruchstellers, indem ihm die Auswahl des vorteilhaftesten Gerichts ermöglicht wird. Der Gerichtsstand des Begehungsorts beruht auf dem Gedanken der Sachnähe und soll eine möglichst unproblematische Sachaufklärung und Beweiserhebung ermöglichen.¹²³⁵ Diesem Ziel kann durch eine Wahl des Anspruchsgegners genauso gut Rechnung getragen werden wie durch eine Wahl des Anspruchstellers. Auch unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Waffengleichheit¹²³⁶ erscheint eine ausschließliche Zuweisung des Wahlrechts an den jeweiligen Anspruchsteller nicht akzeptabel.

Auch ist eine Entwertung des Rechtsinstituts der Abmahnung infolge eines Wahlrechts des Anspruchsgegners bei neg. Feststellungsverfügungen nicht zu erwarten. Es wurde bereits dargelegt¹²³⁷, dass die Einleitung neg. Feststellungsverfahren nur nützlich ist, wenn eine widerrechtliche Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen seitens des Gegners im Wege der e.V. droht. Während eine Unterlassungsverfügung die Unterbindung geschäftlicher Handlungen ermöglicht, wirkt sich eine Feststellungsentscheidung immer nur relativ im Verhältnis zum jeweiligen Gegner aus. Anderen Aktivlegitimierten bleibt die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen weiterhin möglich. Damit fehlt neg. Feststellungsverfügungen die Eignung, unlauter Handelnde effektiv vor gerechtfertigten Unterlassungsverfügungen zu bewahren. Neg. Feststellungsverfügungen dürften quantitativ daher eher geringfügige Bedeutung erlangen und vermögen somit nicht zu einer Entwertung des Rechtsinstituts der Abmahnung zu führen.

Die Bedeutung des Streits um ein Wahlrecht des Klägers einer neg. FK, und damit auch die Problematik um ein Wahlrecht des Antragstellers einer neg. Feststellungsverfügung, wäre wesentlich verringert worden, wenn § 14 Abs. 2 S. 1 UWG entsprechend dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung über ein Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 15.04.2013 eingegrenzt worden wäre¹²³⁸. Diese geplante Änderung wurde erst kurz vor Verabschiedung des Gesetzes verworfen.

¹²³⁵ *Willems*, GRUR 2013, 462, 464; *Danckwerts*, GRUR 2007, 104, 106; vgl. auch *Jauernig/Hess*, § 9, Rn. 27 sowie EuGH, Urteil vom 25.10.2012, C-133/11, GRUR 2013, 98, 99, Tz. 37 f. für den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (Art. 5 Nr. 3) der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 12 vom 16.01.2001, S. 1) i.d.F. der ÄndVO (EU) 156/2012 vom 22.02.2012 (ABl. L 50 vom 23.02.2012, S. 3).

¹²³⁶ Siehe die Ausführungen unter D.) VI.) 2.) a.), S. 254 ff.

¹²³⁷ Siehe Abschnitt E.) II.) 11.), S. 281 f.

¹²³⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057. Siehe diesbezüglich

IV.) Sonstige Voraussetzungen

1.) Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs

Das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs (§§ 920 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. 936 ZPO) bezieht sich auf den materiell-rechtlichen Anspruch, der dem Verfügungsbegehren zugrunde liegt. Aus der Formulierung „Verfügungs-“ bzw. „Arrestanspruch“ kann nicht gefolgert werden, dass Gegenstand e.V.'en ausschließlich Anspruchs- bzw. Leistungsbegehren sein können. Auch die korrespondierende Vorschrift für Klagen, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, führt an, dass der Grund „des erhobenen Anspruchs“ in der Klageschrift anzugeben sei, und nimmt damit Bezug auf LK'n, obwohl die gesetzliche Vorgabe ebenso für Gestaltungs- und FK'n gilt.

Bei einem Unterlassungsverfügungsgesuch hat der Anspruchsteller das Bestehen des Anspruchs darzulegen und glaubhaft zu machen. In der korrespondierenden Situation eines neg. Feststellungsverfügungsgesuchs hat der Anspruchsgegner, wie bei einer neg. FK, darzulegen und glaubhaft zu machen, dass das Anspruchsbegehren des Anspruchstellers nicht begründet ist.¹²³⁹

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich die prozessuale Stellung der Parteien nicht auf die materiell-rechtliche Beweislast auswirkt.¹²⁴⁰ Dieser für neg. FK'n anerkannte Grundsatz gilt gleichermaßen im einstweiligen Rechtsschutz. Die willkürliche Stellung der Parteien im Prozess darf keinen Einfluss auf die materielle Glaubhaftmachungslast haben. Von Einfluss auf den Umfang der Glaubhaftmachung kann hingegen die Verfahrensart sein, in der das Verfügungsverfahren ausgetragen wird. Wie bereits dargelegt¹²⁴¹, ist in Bezug auf den Umfang der Glaubhaftmachungslast zwischen dem Beschluss- und dem Urteilsverfahren zu differenzieren. Mangels Beteiligung des Antragsgegners trifft den Antragsteller im Beschlussverfahren eine wesentlich umfangreichere Glaubhaftmachungslast als im Urteilsverfahren.¹²⁴² Dem Antragsteller eines neg. Feststellungsverfügungsverfahrens, dem regelmäßig an einer Entscheidung im Beschlussverfahren gelegen sein wird, ist daher anzuraten, die Behauptungen des Anspruchstellers und den daraus abgeleiteten Anspruch

obige Ausführungen unter A.) V.) 2.), S. 33 f.

¹²³⁹ Vgl. *Bernreuther*, WRP 2010, 1190, 1195.

¹²⁴⁰ BGHZ 147, 203, 208, m.w.N.; *MüKoZPO/Prütting*, § 286, Rn. 120; *Schellhammer*, Rn. 190.

¹²⁴¹ Vgl. hierzu die obigen Ausführungen unter B.) II.) 2.) b.), S. 101 f.

¹²⁴² Vgl. hierzu die obigen Ausführungen unter B.) II.) 2.) b.), S. 101 f.

vollumfänglich darzulegen und zu entkräften. Jedenfalls sollte er sich nicht auf die nicht glaubhaft gemachte Behauptung beschränken, der vonseiten des Anspruchstellers geltend gemachte Anspruch bestehe nicht. Nur wenn für das Gericht glaubhaft gemacht ist, dass die anspruchsbegründenden Voraussetzungen, auf die der Anspruchsteller das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs stützt, nicht vorliegen oder dem Anspruch glaubhaft gemachte rechtserhebliche Einwände entgegenstehen¹²⁴³, wird eine neg. Feststellungsverfügung in Beschlussform ergehen können. Auf Urteilsverfahren, bei denen der Anspruchsteller an der mündlichen Verhandlung teilnehmen kann, können die für neg. FK'n geltenden Grundsätze für die Verteilung der Beweislast hingegen unverändert angewendet werden.

2.) Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes

Der Verfügungsgrund, gesetzlich insbesondere in §§ 920 Abs. 1 und 2 i.V.m. 936 ZPO normiert, wird auch als „Dringlichkeit“ bezeichnet. In dem Begriff kommt die zeitliche Komponente des Verfügungsgrundes zum Ausdruck.

Das zeitliche Eilbedürfnis erschließt sich bei einem neg. Feststellungsbegehren eines geschäftlich Handelnden nicht ohne weiteres. Der geschäftlich Handelnde ist als Anspruchsgegner zunächst einmal frei in seiner wirtschaftlichen Betätigung und es obliegt seinen Kontrahenten als Anspruchsteller, ihm ein als unlauter beanstandetes geschäftliches Handeln gerichtlich untersagen zu lassen. Dass trotz dieser zivilprozessualen Rollenverteilung ein Bedürfnis des geschäftlich Handelnden nach Eilrechtsschutz bestehen kann, resultiert aus der besonders zugespitzten Konstellation, wie sie Unterlassungsverfügungen im Lauterkeitsrecht zugrunde liegt. Der Anspruchsteller kann den Anspruchsgegner hier mit einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung überraschen, die der Anspruchsgegner sofort zu beachten hat und die vollendete Tatsachen schaffen kann. Die Unterlassungsverfügung kann ergehen, ohne dass der Antragsgegner Kenntnis von der Initiierung des Verfahrens erlangt. Da eine spätere Aufhebung der e.V. zu spät kommen oder zumindest keinen gleichwertigen Ersatz für die Verhinderung des Erlasses darstellen kann, besteht ein zeitlich dringendes Bedürfnis des Anspruchsgegners, den Erlass einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung bereits im Vorfeld verhindern zu können. Da Unterlassungsansprüche im Lauterkeitsrecht typischerweise im Wege der Unterlassungsverfügung durchgesetzt werden¹²⁴⁴, muss ein Anspruchsgegner bei einer drohenden

¹²⁴³ Siehe zu den möglichen Einwendungen bspw. FA-GewRS/*Ernst*, Kap. 6, Rn. 951; *Wehlau*, Rn. 106 ff.

¹²⁴⁴ Siehe hierzu die Ausführungen unter A.) I.), S. 17 ff.

gerichtlichen Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen damit rechnen, dass sie im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt.

Es stellt sich die Frage, ob zugunsten des Anspruchsgegners die Vermutung des § 12 Abs. 1 UWG eingreift. Nach dem Wortlaut der Norm ist sie ausschließlich auf Unterlassungsansprüche anwendbar. Von *Pastor* wurde ohne nähere Begründung vertreten, dass die Dringlichkeitsvermutung auch für einen Antrag auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung im Rahmen eines Verfügungsverfahrens gelte, die gleichzeitig mit einem Unterlassungsanspruch geltend gemacht werde.¹²⁴⁵ Eine Anwendung der Norm auf Feststellungsverfügungsgesuche wäre unter den Voraussetzungen einer Analogie möglich. Ein Analogieschluss setzt neben einer planwidrigen Regelungslücke eine vergleichbare Interessenlage voraus.¹²⁴⁶ Vorliegend mangelt es bereits an dem Erfordernis einer planwidrigen Regelungslücke. § 12 Abs. 1 UWG, bzw. die Vorgängervorschrift § 25 UWG a. F., wurde zur effektiven Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche geschaffen. Ein Analogieschluss scheidet somit aus. Dem Anspruchsgegner kommt die Vermutung des § 12 Abs. 1 UWG damit nicht zugute, er hat das Vorliegen des Verfügungsanspruchs darzulegen und glaubhaft zu machen.

3.) Erfordernis einer Abwägung der gegenüberstehenden Interessen

Für Befriedigungsverfügungen gilt grundsätzlich das Erfordernis einer Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen.¹²⁴⁷ In vorliegendem Zusammenhang kann dahinstehen, ob dieses Erfordernis systematisch als Element des Verfügungsgrundes oder als zusätzliche Voraussetzung neben dem Verfügungsanspruch und dem Verfügungsgrund zu qualifizieren ist.¹²⁴⁸

Wenngleich diese Voraussetzung bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügungen oftmals keine Berücksichtigung findet oder der Vermutungswirkung des § 12 Abs. 1 UWG unterstellt wird¹²⁴⁹, handelt es sich doch um eine allgemeine Voraussetzung für alle Arten von Befriedigungsverfügungen und somit auch für neg. Feststellungsverfügungen. Um ein Überwiegen seiner Interessen zu belegen, obliegt es dem Antragsteller, in seinem

¹²⁴⁵ *Pastor*, S. 241, zur Vorgängervorschrift § 25 UWG a. F.

¹²⁴⁶ BGH, Urteil vom 04.08.2010, XII ZR 118/08, NJW 2010, 3087, Tz. 11; vgl. auch *Larenz*, S. 381 ff.; *Zippelius*, S. 55.

¹²⁴⁷ Siehe obige Nachweise unter Abschnitt B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff., insbesondere unter Fn. 503.

¹²⁴⁸ Siehe zu dieser Streitfrage die Nachweise unter Fn. 505.

¹²⁴⁹ Siehe Abschnitt B.) II.) 2.) f.), S. 109 ff.

Verfügungsgesuch auch die Umstände vorzutragen und glaubhaft zu machen, die eine gerichtliche Abwägung der widerstreitenden Interessen ermöglichen.

4.) Feststellungsinteresse

a.) Erforderlichkeit eines Feststellungsinteresses

Fraglich ist, ob die neg. Feststellungsverfügung, wie die pos. und neg. FK gemäß § 256 Abs. 1 ZPO, ein Feststellungsinteresse auf Seiten des Antragstellers voraussetzen.

Das Erfordernis eines Feststellungsinteresses dient bei Feststellungsverfahren unter anderem dazu, den Kreis der Klageberechtigten einzugrenzen. Damit dient es dem Ausschluss von Popularklagen, verhindert eine Überlastung der Justiz und sichert mittelbar deren Funktionsfähigkeit ab. Den Ausschluss von Popularverfahren gilt es auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ausnahmslos zu gewährleisten. Zwar ist die Belastung der Justiz durch Verfügungsverfahren, aufgrund deren summarischen Charakters, geringer als bei Klageverfahren, dennoch gilt es auch hier die Möglichkeit der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes auf die Personen zu begrenzen, die ein anzuerkennendes Interesse an der Entscheidung haben. Zudem spricht der Gesichtspunkt der dienenden Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes¹²⁵⁰ dafür, keinen Rechtsschutz durch e.V.'en zur Verfügung zu stellen, wenn eine Klagemöglichkeit mangels Feststellungsinteresse nicht eröffnet ist. Eine Person, die mangels Feststellungsinteresse nicht zur Erhebung einer neg. FK befugt ist, bedarf auch keines Rechtsschutzes durch ein Verfügungsverfahren zur Überbrückung eines zwischenzeitlichen Zustands bis zu einer Hauptsacheentscheidung.

Dementsprechend ist auch für neg. Feststellungsverfügungen ein Feststellungsinteresse zu fordern.¹²⁵¹

Da Feststellungsentscheidungen in der Hauptsache nicht vollstreckbar sind und sich die Rechtskraftwirkungen e.V.'en auf das Verfügungsverfahren beschränken, kann das erforderliche Feststellungsinteresse nicht aus dem Bedürfnis nach endgültiger Rechtssicherheit durch eine materiell-rechtlich endgültig verbindliche Regelung folgen. Dem Charakter des vorläufigen Rechtsschutzes entsprechend, kann eine e.V. nur vorläufig verbindliche Wirkungen entfalten. Gleiches gilt indes für jede andere e.V. Weitergehende Wirkungen können e.V.'en nur mit Hilfe von Abschlussverfahren zuerkannt werden.

¹²⁵⁰ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 547.

¹²⁵¹ Ebenso *Berger*, ZZP 110 (1997) 287, 298; *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, 1194 und 1196.

Das Feststellungsinteresse bei e.V.'en auf neg. Feststellung kann aber aus ihren Wirkungen auf gegenläufige Unterlassungsverfügungen resultieren. Ebenso wie ein neg. Feststellungsurteil seine dauerhaft materiell-rechtlich verbindliche Wirkung dadurch entfaltet, dass abweichende Entscheidungen aufgrund der Verbindlichkeit des neg. Feststellungsurteils unmöglich werden, vermag eine neg. Feststellungsverfügung abweichende Eilentscheidungen auszuschließen, damit eine für den vorläufigen Rechtsschutz verbindliche Feststellung der Rechtslage herbeizuführen und den Parteien insoweit zu einstweiliger Rechtssicherheit zu verhelfen.

An einer solchen Feststellung besteht für den Anspruchsgegner ein berechtigtes Interesse. Während er als Beklagter eines Hauptsacheverfahrens ausreichend vor einer Beeinträchtigung seiner Rechtsposition geschützt ist, da seine Stellung der des Klägers dort nahezu gleichwertig ausgestaltet ist, begründet ein drohender ungerechtfertigter Angriff im Wege einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsverfügung die erhebliche Gefahr einer unberechtigten Schädigung. Anspruchsgegner haben in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten regelmäßig keine Möglichkeit, sich gegen unberechtigte Unterlassungsverfügungen effektiv zu verteidigen oder an dem Verfahren auf Erlass einer Unterlassungsverfügung überhaupt zu partizipieren, bevor die Unterlassungsverpflichtung zwangsweise durchgesetzt wird.

Diese Gefahr einer unberechtigten Schädigung kann durch eine für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes verbindliche Feststellung des Nichtbestehens des streitigen Unterlassungsanspruchs beseitigt werden.

Entsprechend ihrem Zweck, der Verteidigung gegen Unterlassungsverfügungen, setzt das Feststellungsinteresse bei neg. Feststellungsverfügungen ein drohendes, ungerechtfertigtes Unterlassungsverfügungsgesuch voraus. Maßgeblich ist somit, ob ein Anspruchsgegner befürchten muss, dass ein Anspruchsteller den Erlass einer ungerechtfertigten Unterlassungsverfügung gegen ihn beantragen wird.

Diese Befürchtung kann sich aus verschiedenen Verhaltensweisen ergeben.

b.) Entstehung des Feststellungsinteresses

aa.) Aufgrund vorheriger Abmahnung

Die Abmahnung bildet das Musterbeispiel für ein Verhalten des Anspruchstellers, das ein Feststellungsinteresse des Anspruchsgegners begründet.¹²⁵² Der Anspruchsteller beanstandet mit der Abmahnung die Rechtmäßigkeit einer bestimmten Verhaltensweise und droht die gerichtliche Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs an, falls sich der Anspruchsgegner nicht unterwirft. Diese ausdrückliche Androhung eines gerichtlichen Vorgehens gegenüber dem Anspruchsgegner stellt den eindeutigsten Fall einer drohenden gerichtlichen Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs im Wege der Unterlassungsverfügung dar. Dies gilt im Lauterkeitsrecht in besonderem Maße, da Unterlassungsansprüche hier typischerweise im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden und daher eher davon auszugehen ist, dass der Anspruchsteller ein Verfügungsverfahren als ein Hauptsacheverfahren initiiert.¹²⁵³

bb.) Aufgrund vorheriger Berühmung

Neben dem Ausspruch einer Abmahnung ist die Berühmung gegenüber Dritten oder dem Anspruchsgegner die zweite Fallgruppe, für welche die Begründung eines Feststellungsinteresses in Hauptsacheverfahren anerkannt ist.¹²⁵⁴ Bei der Berühmung mit einem Unterlassungsanspruch macht ein Anspruchsteller geltend, die Unterlassung einer bestimmten Verhaltensweise beanspruchen zu können. Im Vergleich zur Abmahnung macht der Anspruchsteller ebenfalls geltend, dass er Unterlassung beanspruchen kann, er fordert die Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung jedoch nicht ein. Diese, das Feststellungsinteresse begründende Wirkung muss einer Berühmung auch für das Verfügungsverfahren zukommen. Ein Anspruchsteller berührt sich eines materiellen Anspruchs in der Regel ohne Bezug zu einer bestimmten gerichtlichen Verfahrensart. Da lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche häufiger im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes als in Klageverfahren durchgesetzt werden¹²⁵⁵, droht aufgrund einer Berühmung mit einem lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch eher die Durchsetzung in einem Verfügungsverfahren als in einem Klageverfahren. Dementsprechend muss eine Berühmung, die anerkanntermaßen das Feststellungsinteresse für eine neg. FK begründet, erst recht das Feststellungsinteresse für eine neg. Feststellungsverfügung begründen.

¹²⁵² Ahrens/*Achilles*, Kap. 3, Rn. 6.

¹²⁵³ Vgl. *Hilgard*, S. 53.

¹²⁵⁴ *Brüning* in *Harte/Henning*, Vorbemerkungen zu § 12, Rn. 122.

¹²⁵⁵ Siehe diesbezüglich die Nachweise unter Fn. 19.

cc.) Sonstige Fälle

Als sonstige Konstellation, für die zu erörtern ist, ob aufgrund der Verhaltensweise ein Feststellungsinteresse für den Anspruchsgegner besteht, ist an die Erhebung einer Unterlassungsklage durch den Anspruchsteller zu denken.

Einerseits bringt ein Anspruchsteller durch die Erhebung einer Unterlassungsklage zum Ausdruck, dass er sich eines Unterlassungsanspruchs berührt und diesen durchsetzen will. Die Berührung erfolgt in diesem Fall mit einer noch höheren Intensität als bei einer Abmahnung. Andererseits stellt die Erhebung einer Unterlassungsklage im Vergleich zu einem Unterlassungsverfügungsgesuch eine alternative Form der Anspruchsdurchsetzung dar. Aufgrund dieses Alternativverhältnisses stellt sich die Frage, ob aus der Wahl des Klageverfahrens anstatt des Verfügungsverfahrens geschlossen werden kann, dass der Anspruchsteller von einer Durchsetzung im Wege der e.V. absehen wird. Rechtlich steht es einem Anspruchsteller auch nach Erhebung der Unterlassungsklage weiterhin offen, seinen Anspruch im Wege der Unterlassungsverfügung durchzusetzen.¹²⁵⁶ Andernfalls würde eine Bindung des Anspruchstellers an seine Wahl des Klageverfahrens bis zu dessen Ende entstehen, was insbesondere nachteilig wäre, wenn sich der Erlass der Hauptsacheentscheidung verzögern würde und/oder sich zwischenzeitlich die Intensität der Beeinträchtigung durch die beanstandete geschäftliche Handlung erhöhen würde. Aus der originären Wahl des Klageverfahrens allein kann nicht gefolgert werden, dass ein Anspruchsteller nicht erforderlichenfalls zusätzlich das Verfügungsverfahren beschreiten wird. Für den Anspruchsgegner wäre dies mit einer wesentlich höheren Gefahr einer Fehlentscheidung verbunden. Diese Erwägungen sprechen dafür, in der Erhebung einer Unterlassungsklage keine Abkehr von der Möglichkeit zur Einleitung eines Verfügungsverfahrens zu sehen. Folglich begründet auch die Erhebung einer Unterlassungsklage ein Feststellungsinteresse für eine neg. Feststellungsverfügung.

5.) **Erforderlichkeit einer Gegenabmahnung**

Fraglich ist, ob für e.V.'en auf neg. Feststellung eine Abmahnobliegenheit besteht. Diese könnte sich aus § 93 ZPO ergeben.

Für die Beantwortung der Frage soll zunächst die entsprechende Konstellation in Hauptsacheverfahren erörtert und daraufhin überprüft werden, ob das dortige Ergebnis auf Verfügungsverfahren übertragbar ist.

¹²⁵⁶ Ahrens/Ahrens, Kap. 48, Rn. 9; vgl. auch *Teplitzky*, Kap. 43, Rn. 2 f.

Für die neg. FK ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt¹²⁵⁷, dass einen zu Unrecht Abgemahnten grundsätzlich keine Abmahnobliegenheit vor der Erhebung einer neg. FK trifft. Eine Abmahnobliegenheit soll nur ausnahmsweise bestehen, wenn die Abmahnung des Anspruchstellers in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht auf offensichtlich unzutreffenden Annahmen beruht, bei deren Richtigstellung mit einer Änderung der Auffassung des Anspruchstellers gerechnet werden kann, oder wenn seit der Abmahnung ein längerer Zeitraum verstrichen ist und der Abmahnende in diesem entgegen seiner Androhung keine gerichtlichen Schritte eingeleitet hat.¹²⁵⁸ Korrespondierend hierzu besteht nur in den letztgenannten Ausnahmefällen ein Anspruch des Anspruchsgegners auf Erstattung der Abmahnkosten.¹²⁵⁹ Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass der unberechtigt Abgemahnte regelmäßig auf den Ausspruch einer Abmahnung verzichten wird. Für ihn begründet der Verzicht auf den Ausspruch einer Abmahnung, mangels entsprechender Obliegenheit, nicht die Gefahr, die Kosten des Rechtsstreits im Falle des sofortigen Anerkenntnisses des Anspruchstellers tragen zu müssen. Stattdessen führt der Ausspruch einer Gegenabmahnung für ihn mit Gewissheit zu dem Nachteil, keine Erstattung der entstandenen Kosten verlangen zu können. Der einzig verbleibende Vorteil einer Gegenabmahnung für den Abgemahnten kann darin bestehen, dass sie einen Anspruchsteller zur außergerichtlichen Beilegung der Streitigkeit bewegen kann. Diese Möglichkeit erscheint allerdings sehr unwahrscheinlich, wenn der Anspruchsteller zuvor bereits eigeninitiativ im Wege der Abmahnung gegen den Anspruchsgegner vorgegangen ist.

Der h.M. ist zu folgen, da sie der Funktion des Rechtsinstituts der Abmahnung entspricht. Sofern der abmahnende Anspruchsteller von einem zutreffenden Sachverhalt ausgeht, läuft die Hinweisfunktion der Abmahnung ins Leere.¹²⁶⁰ Der Abmahnende hat sich in dieser Konstellation dazu entschieden, aufgrund eines zutreffend festgestellten und als unlauter bewerteten Sachverhalts aktiv gegen den Anspruchsgegner vorzugehen. Es besteht kein Anlass, den Anspruchsgegner durch eine Obliegenheit zur Gegenabmahnung zu einer rechtlichen Beratung seines Gegners anzuhalten. Es obliegt jeder Partei selbst, die

¹²⁵⁷ BGH, Urteil vom 13.06.2012, I ZR 228/10, GRUR 2012, 1273, Tz. 13 – *Stadtwerke Wolfsburg*; Urteil vom 29.04.2004, I ZR 233/01, GRUR 2004, 790, 792 – *Erstattung von Gegenabmahnungskosten*; Beschluss vom 06.10.2005, I ZB 37/05, GRUR 2006, 168, 169, Tz. 11 – *Unberechtigte Abmahnung*; so auch die h.M. in der Literatur, *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 72 ff., m.w.N. zur h.M. in Fn. 336 sowie zur abweichenden Mindermeinung in Fn. 334.

¹²⁵⁸ BGH, Urteil vom 29.04.2004, I ZR 233/01, GRUR 2004, 790, 792 – *Erstattung von Gegenabmahnungskosten*.

¹²⁵⁹ BGH, Urteil vom 29.04.2004, I ZR 233/01, GRUR 2004, 790, 792 – *Erstattung von Gegenabmahnungskosten*; *Fezer/Büscher*, § 12 UWG, Rn. 50; *Teplitzky*, Kap. 41, Rn. 74; restriktiver *Heidenreich*, WRP 2004, 660, 662 ff.

¹²⁶⁰ Siehe zur Hinweisfunktion der Abmahnung die Nachweise unter Fn. 125.

rechtliche Zulässigkeit ihres Verhaltens zu überprüfen. Auch die Warn- oder Kostenvermeidungsfunktion greift nicht durch. Hat der Abgemahnte seinerseits die Einleitung gerichtlicher Schritte angedroht, erübrigt sich eine gegenläufige Warnung. Eine erfolgreiche neg. FK entspricht in ihren Wirkungen und ihrer Rechtsfolge weitestgehend einer abgewiesenen, spiegelbildlichen Unterlassungsklage. Da sich jeder Antragsteller der Möglichkeit eines negativen Ausgangs seines initiierten Verfahrens bewusst sein muss, erübrigt sich ein entsprechender (Warn-) Hinweis. Auch im Hinblick auf die Kostenvermeidungsfunktion der Abmahnung ist ein Hinweis nicht geboten. Die Kosten einer Unterlassungsklage und die einer gegenläufigen neg. FK sind identisch.¹²⁶¹ Der Abmahnende, der bereits die Einleitung eines kostenpflichtigen Klageverfahrens angedroht hat, bedarf keines Hinweises, dass durch ein gegenläufiges gerichtliches Vorgehen Kosten in identischer Höhe entstehen würden. Bei gegenläufigen Verfahren kann vielmehr davon ausgegangen werden, dass der Anspruchsteller die mit einem gerichtlichen Vorgehen verbundenen Vor- und Nachteile vor dem Ausspruch einer Abmahnung berücksichtigt und abgewogen hat, und diese in Kauf nimmt, wenn er gerichtliche Maßnahmen durch eine Abmahnung androht.

Es stellt sich die Frage, ob auch in Verfügungsverfahren eine Gegenabmahnung entbehrlich ist. Untersucht man die Verhältnisse LK/neg. FK sowie Unterlassungsverfügung/neg. Feststellungsverfügung, so ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede. Die Unterschiede zwischen Hauptsache- und Verfügungsverfahren kommen in diesen Verhältnissen jeweils nicht zum Tragen, da sie bei den sich gegenüberstehenden Begehren jeweils gleichermaßen bestehen. Auch für das Verfügungsverfahren gilt, dass eine Gegenabmahnung die Funktionen einer Abmahnung nicht erfüllen könnte. Von einem Abmahnenden darf erwartet werden, dass er sich der möglichen negativen Konsequenzen des von ihm angedrohten Vorgehens für sich selbst bewusst ist.

Aufgrund dieser Gesichtspunkte ist auch für neg. Feststellungsverfügungsverfahren keine Obliegenheit zur Gegenabmahnung zu begründen.

¹²⁶¹ Musielak/*Foerste*, § 256, Rn. 45.

F.) Haftung nach § 945 ZPO bei ungerechtfertigten negativen Feststellungsverfügungen

In Anbetracht der Anfälligkeit der Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes für Fehler¹²⁶², drängt sich die Frage auf, ob die Haftungsvorschrift des § 945 ZPO auch auf neg. Feststellungsverfügungen anzuwenden ist, die lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche zum Gegenstand haben.

Bei der Haftung nach § 945 ZPO handelt es sich nach dem gesetzlichen Leitbild um das wichtigste Instrument zur Kompensation der Privilegierungen des Antragstellers.¹²⁶³ Da Antragsteller in Verfügungsverfahren stets bevorzugt werden, spricht dieser Gesichtspunkt für die entsprechende Anwendung der Haftungsvorschrift auf alle Arten e.V.'en.

Der gesetzlich zugewiesene Anwendungsbereich der Norm umfasst allerdings ausschließlich Schäden aufgrund der Vollziehung einer e.V. bzw. aufgrund einer Sicherheitsleistung im Zusammenhang mit der Vollziehung. Eine Vollziehung ist bei rechtsgestaltenden und feststellenden e.V.'en hinsichtlich der Entscheidung in der Hauptsache nicht möglich. Aus diesem Grund sieht bspw. § 85 Abs. 5 PatG eine spezielle Haftung für die besondere e.V. mit rechtsgestaltendem Charakter auf Erteilung einer patentrechtlichen Zwangslizenz vor. Oben wurde bereits dargelegt, dass ein Bedürfnis für Eilrechtsschutz aber nicht ausschließlich in Bezug auf Anspruchsbegehren besteht.¹²⁶⁴ Es stellt sich damit die Frage, ob angesichts der Privilegierungen des Antragstellers im Verfügungsverfahren eine entsprechende Anwendung des § 945 ZPO auf alle Arten e.V.'en bzw. die daraus resultierenden Schäden geboten ist.

Hinsichtlich der vorliegend zu beurteilenden neg. Feststellungsverfügung in Bezug auf lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass zugunsten des Anspruchstellers neben dem Unterlassungsanspruch mit § 9 UWG ohnehin eine Grundlage für die Haftung auf Schadensersatz besteht. Die Haftung nach § 9 UWG umfasst auch die Schäden, die dadurch entstehen, dass ein unlauteres Verhalten infolge einer ungerechtfertigten neg. Feststellungsverfügung erst verzögert untersagt werden kann. Ein Unterschied in der Haftung nach den beiden Vorschriften besteht darin, dass § 945 ZPO kein Verschulden erfordert, während die Haftung nach § 9 UWG ein schuldhaftes Verhalten voraussetzt. Da an ein schuldloses Verhalten im

¹²⁶² Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 356.

¹²⁶³ Siehe die Nachweise unter Fn. 466.

¹²⁶⁴ Siehe Abschnitt D.) III.) 3.), S. 164 ff.

Lauterkeitsrecht, wie im gesamten gewerblichen Rechtsschutz, aber sehr strenge Anforderungen gestellt werden¹²⁶⁵, sind die Unterschiede zwischen den Voraussetzungen beider Normen nicht so erheblich, dass zusätzlich eine entsprechende Anwendung von § 945 ZPO zwingend geboten erscheint.¹²⁶⁶

¹²⁶⁵ Piper/*Ohly*/Sosnitzer, § 9, Rn. 7; Köhler/Bornkamm, § 9, Rn. 1.18 ff.; Ingerl/Rohnke, Vorbemerkungen zu §§ 14–19d Ansprüche bei Kennzeichenverletzung, Rn. 219 ff.; Teplitzky, GRUR 2003, 272, 276; GRUR 1997, 691, 694; BGHZ 148, 221, dort insoweit nicht abgedruckt, GRUR 2002, 248, 252 - *SPIEGEL-CD-ROM*; BGHZ 149, 191, 204 – *shell.de*; Urteil vom 28.02.2002, I ZR 195/99, GRUR 2002, 706, 708 – *vossius.de*.

¹²⁶⁶ Eine Anwendung des § 945 ZPO auf Feststellungsverfügungen wird wohl auch von *Starek* (S. 171 f.) ausgeschlossen.

G.) Kosten

Angesichts des Charakters neg. Feststellungsverfügungen als e.V. bestimmen sich die anfallenden Gerichtsgebühren nach den allgemeinen Gebührensätzen des GKG für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (dort Nrn. 1410 ff. KV). Da das RVG keine gesonderten Gebührensätze für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes normiert, richten sich die Anwaltsgebühren nach den allgemeinen Vorgaben für gerichtliche Verfahren.¹²⁶⁷ Anwaltsgebühren entstehen daher hier in der Regel aus den Nrn. 2300 ff., 3100 ff. sowie aus den 7000 ff. VV.

Zu erörtern bleibt damit, aus welchem Streitwert die Gebühren anfallen.¹²⁶⁸ Da zwischen dem Verhältnis einer neg. FK zu einer gegenläufigen LK und dem Verhältnis einer neg. Feststellungsverfügung zu einer Unterlassungsverfügung keine Unterschiede bestehen¹²⁶⁹, bietet sich eine Modifizierung des für Unterlassungsverfahrensverfahren anzusetzenden Streitwerts entsprechend dem Verhältnis des Streitwerts einer neg. FK zu einer gegenläufigen LK an.

Sowohl der für Unterlassungsverfahrensverfahren anzusetzende Streitwert als auch der für neg. FK'n anzusetzende Streitwert sind allerdings umstritten. Ausgangspunkt für die Bemessung beider Streitwerte ist der Streitwert von Unterlassungsklagen. Dieser richtet sich gemäß § 3 ZPO nach dem Interesse des Klägers an der Unterlassung der beanstandeten Handlungen.¹²⁷⁰

Für Unterlassungsverfahrensverfahren ist umstritten, ob und ggf. um welchen Faktor sich der Streitwert aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensart verändert. Eine Ansicht spricht sich mangels endgültiger Wirkung der Verfügungsentscheidungen dafür aus, den Wert mit einem Bruchteil des Hauptsachestreitwerts zu bemessen.¹²⁷¹ Anderen Ansichten zufolge ist der Streitwert lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsverfügungen stets¹²⁷² oder zumindest im

¹²⁶⁷ Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, Teil D, Anhang II, Rn. 9 ff., mit Beispielberechnung für Unterlassungsverfügungen in Rn. 18.

¹²⁶⁸ Siehe zur Bedeutung des Streitwerts Ahrens/Berneke, Kap. 40, Rn. 1 f.

¹²⁶⁹ Siehe hierzu bereits obige Ausführungen unter D.) IV.) 1.) c.) cc.) ddd.) aaaa.), S. 200 f.

¹²⁷⁰ BGH, Beschluss vom 26.04.1990, I ZR 58/89, GRUR 1990, 1052, 1053 – *Streitwertbemessung*; Ahrens/Berneke, Kap. 40, Rn. 39; *Spätgens* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 87, Rn. 2; *Goldmann*, WRP 2001, 240.

¹²⁷¹ Ahrens/Schmukle, Kap. 54, Rn. 36, m.w.N. auch zu den diversen Abschlägen, die in der Praxis angewendet werden; Köhler/Bornkamm, § 12, Rn. 5.12, m.w.N.

¹²⁷² OLG München, Beschluss vom 26.05.2009, 29 W 1498/09, JurBüro 2009, 484, m.w.N. zur ab-

Fall einer (zu erwartenden) endgültig streitbeendenden Wirkung¹²⁷³ mit dem vollen Streitwert des Hauptsacheverfahrens gleichzusetzen.

Bei neg. FK'n spricht sich die herrschende Ansicht dafür aus, den Wert einer gegenläufigen LK unverändert zu übernehmen, da eine erfolgreiche neg. FK einer gegenläufigen LK entgegensteht.¹²⁷⁴ Eine im Vordringen befindliche Ansicht macht sich dafür stark, auf das konkrete Interesse des Feststellungsklägers abzustellen und dieses nicht von dem Interesse des Anspruchstellers abzuleiten.¹²⁷⁵ Nach dieser Ansicht kann der Streitwert sowohl nach oben als auch nach unten von demjenigen gegenläufiger LK'n abweichen.¹²⁷⁶

Vorzugswürdig erscheinen die Ansichten, die auf das konkrete Interesse des Antragstellers und damit auf die dem Anspruchsgegner drohenden Schäden abstellen und keinen Abzug aufgrund der Verfahrensart des einstweiligen Rechtsschutzes vornehmen. Nur durch die Berücksichtigung des konkreten Interesses des Antragstellers kann der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die einem Anspruchsgegner drohenden Schäden die Vorteile des Anspruchstellers weit überwiegen können. Eine Reduzierung des Streitwerts aufgrund der Verfahrensart würde den tatsächlichen Wirkungen e.V.'en im Lauterkeitsrecht mit ihren regelmäßig streitbeendenden Wirkungen¹²⁷⁷ nicht gerecht.

weichenden Ansicht; OLG Hamburg, Urteil vom 18.06.1981, 3 U 7/81, WRP 1981, 470, 473; OLG München, Beschluss vom 31.05.1985, 6 W 1207/85, WRP 1985, 661, 662; *Melullis*, Rn. 436; *Goldmann*, WRP 2001, 240, 242.

¹²⁷³ OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.12.1980, 6 W 127/80, WRP 1981, 221; OLG Köln, Beschluss vom 09.03.2000, 6 W 23/00, WRP 2000, 650.

¹²⁷⁴ BGH, Beschluss vom 23.09.1970, V ZR 4/70, NJW 1970, 2025, m.w.N. zu beiden Ansichten; Beschluss vom 25.02.1997, XI ZB 3/97, NJW 1997, 1787; Beschluss vom 13.12.2007, V ZR 64/07, abrufbar über beck-online.de unter BeckRS 2008, 02113; KG, Beschluss vom 04.11.2008, 5 W 389/07 und 5 W 4/08, GRUR-RR 2009, 160; jurisPK-UWG/Hess, § 12, Rn. 271; Stein/Jonas/Roth, § 2, Rn. 32.

¹²⁷⁵ *Retzer* in Harte/Henning, § 12, Rn. 875, m.w.N. zu beiden Ansichten; *Melullis*, Rn. 1168 f., m.w.N.; OLG München, Beschluss vom 07.07.1986, 6 W 1831/86, GRUR 1986, 840 f. - *Negative Feststellungsklage*; KG, Beschluss vom 13.01.1955, 1 W 4242/54, NJW 1955, 797; OLG Celle, Beschluss vom 02.02.1962, 3 W 19/62, NJW 1962, 1065, m.w.N.

¹²⁷⁶ OLG München, Beschluss vom 07.07.1986, 6 W 1831/86, GRUR 1986, 840 f. - *Negative Feststellungsklage*.

¹²⁷⁷ Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 137 und 138.

H.) Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Dissertation befasst sich mit der Problematik, ob ein Rechtsbehelf anzuerkennen ist, der dem Anspruchsgegner lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten die Initiierung von Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ermöglicht.

Während ein solcher Rechtsbehelf für den Anspruchsgegner nicht anerkannt ist, besteht für den Anspruchsteller eine Möglichkeit zur Anspruchsdurchsetzung in Eilverfahren.

Im Rahmen der Einführung (Abschnitt A.) und der Erörterung der Ausgangslage lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten (Abschnitt B.) wurde festgestellt, dass auch vonseiten des Anspruchsgegners lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche ein Bedürfnis nach einer Möglichkeit zum Schutz gegen ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen besteht. So entfällt von den gerichtlich ausgetragenen Unterlassungsstreitigkeiten im Lauterkeitsrecht der weit überwiegende Anteil auf Verfügungsverfahren, denen regelmäßig auch keine Hauptsacheverfahren mehr nachfolgen. In diesen Verfahren wird der Antragsteller erheblich gegenüber dem Antragsgegner privilegiert. Im Lauterkeitsrecht wird der Antragsteller noch stärker privilegiert, als es in Verfügungsverfahren im Allgemeinen der Fall ist. Unterlassungsverfügungen ergehen hier überwiegend im Beschlussweg ohne vorherige Anhörung beziehungsweise zumindest ohne gleichwertige Verfahrensbeteiligung des Antragsgegners. Die erlassenen Unterlassungsverfügungen schaffen regelmäßig vollendete Tatsachen, da die untersagten Handlungen nachträglich nicht mehr ausgeführt werden können. Auch eine finanzielle Kompensation erlittener Beeinträchtigungen ist im Lauterkeitsrecht oftmals nicht möglich, da sich der Nachweis eines erstattungsfähigen, finanziellen Schadens als sehr problematisch darstellt. Diese Umstände bergen eine erhebliche Gefahr, dass ein Anspruchsgegner durch ungerechtfertigte Unterlassungsverfügungen widerrechtlich geschädigt wird. Das sog. verfahrensrechtliche Privileg verhindert, dass der Anspruchsgegner seine gerichtliche Inanspruchnahme durch eigene gerichtliche Maßnahmen verhindern kann. Das von der Praxis zugunsten des Anspruchsgegners entwickelte Rechtsinstitut der Schutzschrift birgt für diesen auch Nachteile und ist nicht in gleichem Maße geeignet, ihn vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen zu schützen, wie ein eigener Rechtsbehelf.

In den nachfolgenden Abschnitten C.) und D.) wurde herausgearbeitet, dass e.V.'en mit feststellendem Entscheidungsausspruch, mangels vollstreckbaren Inhalts und endgültiger Wirkung, dem Antragsteller in lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten ausschließlich aufgrund ihrer Wirkung auf gegenläufige Verfahren des einstweiligen

Rechtsschutzes einen Vorteil verschaffen können. In diesem Zusammenhang war festzustellen, dass die diskutierten Theorien zur Wirkung von e.V.'en mit feststellendem Entscheidungsausspruch entweder nicht geeignet sind, um Anspruchsgegner vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen zu schützen, oder mit den zivilprozessualen Vorgaben für das Verfügungsverfahren dogmatisch nicht in Einklang zu bringen sind. Insbesondere ist die teilweise vertretene Ansicht abzulehnen, dass Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes eine Bindungswirkung auf Hauptsacheverfahren entfalten.

Im Hauptteil der Arbeit (Abschnitt D.)) wurde aufgezeigt, dass neg. Feststellungsverfügungen eine Bindungswirkung auf gegenläufige Unterlassungsverfügungsverfahren entfalten müssen, um Anspruchsgegner auf prozessualer Ebene vor ungerechtfertigten Unterlassungsverfügungen schützen zu können. Eine solche Bindungswirkung kann insbesondere aus dem Institut der Rechtskraft resultieren. Die von diesem Rechtsinstitut ausgehende Präjudizialwirkung kann den Erlass entgegengesetzter Entscheidungen verhindern.

Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Rechtskraft sprechen dafür, auch unbefristet angreifbaren Beschlussverfügungen Rechtskraftwirkungen zuzuerkennen. Eine unreflektierte Übertragung der zivilprozessualen Vorgaben für das Hauptsacheverfahren würde insoweit zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Die Rechtsbeständigkeit der Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes ist von Gesetzes wegen nicht von der gleichen Qualität wie diejenige von rechtskräftigen Hauptsacheurteilen. Abweichende Entscheidungen bleiben sowohl bei Urteils- als auch bei Beschlussverfügungen stets dauerhaft möglich. Wie auch in Bezug auf das verwandte Rechtsinstitut der Rechtshängigkeit, für das Rechtsprechung und h.L. die tatbestandlichen Voraussetzungen in Bezug auf Verfügungsverfahren modifizieren, sind in Bezug auf das Rechtsinstitut der Rechtskraft die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Die Ziele der beiden Rechtsinstitute, die in der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen und einer Mehrfachbefassung von Gerichten in derselben Angelegenheit bestehen, gilt es auch im einstweiligen Rechtsschutz zu verwirklichen.

Im Anschluss wurde dargelegt, dass sich eine neg. Feststellungsverfügung auch widerspruchsfrei und stimmig in das System des Lauterkeitsverfahrensrechts einfügen würde. In prozessökonomischer Hinsicht hätte sie keine nachteiligen Auswirkungen zur Folge und wäre auch mit dem beliebten Rechtsinstitut des Abschlussverfahrens vereinbar, das eine endgültige Beilegung entsprechender Feststellungsstreitigkeiten ohne weitere

Inanspruchnahme der Gerichte ermöglichen würde. Die Bedeutung des nicht systemkonformen Rechtsinstituts der Schutzschrift würde verringert, da mit der neg. Feststellungsverfügung für entsprechende Ausgangssituationen ein Rechtsinstitut zur Verfügung stünde, das den Interessen des Anspruchsgegners Rechnung trägt.

Im Anschluss an die Vereinbarkeit des Rechtsinstituts mit der Systematik des Lauterkeitsrechts wurde die Vereinbarkeit mit höherrangigen Rechtsquellen untersucht (Abschnitte D.) VI.)–VIII.)). Hierbei war festzustellen, dass insbesondere der verfassungsrechtliche Grundsatz der Waffengleichheit für die Anerkennung von e.V.'en mit feststellendem Inhalt spricht, die Anspruchsgegnern die Möglichkeit der Inanspruchnahme des einstweiligen Rechtsschutzes und die Verteidigung gegen unberechtigte Unterlassungsverfügungen eröffnen. Jedenfalls in der besonderen prozessualen Konstellation lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsstreitigkeiten widerspricht es vielmehr dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Waffengleichheit, dass die Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes ausschließlich dem Anspruchsteller offen steht.

Des Weiteren wurde aufgezeigt, dass auch das Gebot effektiven Rechtsschutzes der Anerkennung neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht nicht entgegensteht. Die Möglichkeit des Anspruchstellers zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen wird kaum beeinflusst, während für den Anspruchsgegner eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet wird, um unberechtigte Beeinträchtigungen seiner Geschäftstätigkeit abwehren zu können. Diese zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit für den Anspruchsgegner ist der Verwirklichung des Gebots effektiven Rechtsschutzes eher förderlich als abträglich. Im Ergebnis spricht das Gebot effektiven Rechtsschutzes daher für die Anerkennung von e.V.'en mit feststellendem Inhalt.

Auch europarechtliche Vorgaben und völkerrechtliche Verpflichtungen stehen der Anerkennung neg. Feststellungsverfügungen im Lauterkeitsrecht nicht entgegen. Diese fordern insbesondere effektive Rechtsschutzmöglichkeiten und stellen insoweit ähnliche Anforderungen an das Prozessrecht wie das deutsche Grundgesetz.

Literaturverzeichnis

- Adolphsen, Jens* Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: Adolphsen).
- Ahrens, Hans Jürgen* Zum Ersatz der Verteidigungsaufwendungen bei unberechtigter Abmahnung, NJW 1982, 2477–2479 (zit.: Ahrens, NJW 1982, 2477).
- Ders.* Die Abschlusserklärung, Zur Simulation der Rechtskraft von Verfügungstiteln, WRP 1997, 907–913 (zit.: Ahrens, WRP 1997, 907).
- Ahrens, Hans Jürgen (Hrsg.)* Der Wettbewerbsprozess, Ein Praxishandbuch, 6. Aufl., Köln 2009 (zit.: Ahrens/Bearbeiter).
- Ahrens, Hans-Jürgen; Spätgens, Klaus* Einstweiliger Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen, Ausgewählte Probleme, 4. Aufl., Köln 2001 (zit.: Ahrens/Spätgens).
- Alexander, Christian* Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, Tübingen 2010 (zit.: Alexander).
- Arens, Peter* Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass einstweiliger Verfügungen, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 75–86 (zit.: Arens in FS für v. Caemmerer).
- Baltzer, Johannes* Die negative Feststellungsklage aus 256 I ZPO, Köln [u.a.] 1980 (zit.: Baltzer).
- Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 29. Edition, Stand: 01.11.2013, München (zit.: Bearbeiter in BeckOK BGB).
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter (Hrsg.)* Zivilprozessordnung, Mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 71. Aufl., München 2013 (zit.: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann).
- Baur, Fritz* Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, Betriebs-Berater 1964, 607–615 (zit.: Baur, BB 1964, 607).
- Ders.* Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967 (zit.: Baur).

- Baur, Fritz; Stürner, Rolf; Bruns, Alexander* Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2006 (zit.: Baur/Stürner/Bruns).
- Beater, Axel* Unlauterer Wettbewerb, Tübingen 2011 (zit.: Beater).
- Benkard, Georg* Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl., München 2006 (zit.: Bearbeiter in Benkard).
- Bepler, Klaus* "Fliegende Gerichtsstände", in: Erdmann, Willi; Leistner, Matthias; Rüffer, Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Michael Loschelder, Köln 2010, S. 15–30 (zit.: Bepler in FS für Loschelder, S. 15).
- Berger, Christian* Zur Statthaftigkeit der auf Feststellung gerichteten einstweiligen Verfügung, ZJP 110 (1997) 287–303 (zit.: Berger, ZJP 110 (1997) 287).
- Ders.* Die internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen in Internet-Websites aufgrund des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung nach Artikel 5 Nr. 3 EuGVO, GRUR Int. 2005, 465–469 (zit.: Berger, GRUR Int. 2005, 465).
- Berneke, Wilhelm* Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 2. Aufl., München 2003 (zit.: Berneke).
- Bernreuther, Friedrich* Der negative Feststellungsantrag im einstweiligen Verfügungsverfahren, WRP 2010, 1191–1203 (zit.: Bernreuther, WRP 2010, 1191).
- Beyerlein, Thorsten* (K)eine zweite Chance - wiederholter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung als Dringlichkeitsproblem, WRP 2005, 1463–1467 (zit.: Beyerlein, WRP 2005, 1463).
- Blomeyer, Jürgen* Die falsche eidesstattliche Versicherung im Verfahren des Arrestes und der einstweiligen Verfügung, Juristische Rundschau 1976, 441–446 (zit.: Blomeyer, JR 1976, 441).
- Blomeyer, Karl* Arrest und einstweilige Verfügung, ZJP 65 (1952) 52–66 (zit.: Blomeyer, ZJP 65 (1952) 52).
- Bockholdt, Frank* Leistungsklage und negative Feststellungsklage, Nachträglicher Wegfall des Feststellungsinteresses einer negativen Feststellungsklage bei Erhebung einer Leistungsklage durch den Feststellungsbeklagten, JA 2006, 406–408 (zit.: Bockholdt, JA 2006, 406).

<i>Boesche, Katharin Vera</i>	Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Heidelberg [u.a.] 2011; (zit.: Boesche).
<i>Bongen, Wolfgang; Renaud, Werner</i>	Zur materiellen Rechtskraft antragsabweisender Beschlüsse und Urteile im Arrestverfahren, NJW 1991, 2886–2888 (zit.: Bongen/Renaud, NJW 1991, 2886).
<i>Borck, Hans-Günther</i>	Prinzipielles Befriedigungsverbot und obligatorische mündliche Verhandlung, Zur beabsichtigten Änderung des Arrest- und Verfügungsverfahrens, WRP 1972, 238–244 (zit.: Borck, WRP 1972, 238).
<i>Ders.</i>	Grenzen richterlicher Formulierungshilfe bei Unterlassungsverfügungen, Einige Bemerkungen zu den Vorschriften der §§ 139, 308, 938 ZPO, WRP 1977, 457–460 (zit.: Borck, WRP 1977, 457).
<i>Ders.</i>	Über die Höhe des Gegenstandswertes, der Sicherheitsleistung und der Beschwer bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen, Bemerkungen zu §§ 3, 253, 546, 708 ff., 921 ff. ZPO, WRP 1978, 435–440 (zit.: Borck, WRP 1978, 435).
<i>Ders.</i>	Kunstfehler und kalkulierte Risiken beim Umgang mit Unterlassungsverfügungen, WRP 1979, 274–278 (zit.: Borck, WRP 1979, 274).
<i>Ders.</i>	Gegenzüge oder: Wie man zweckmäßig auf Unterlassungsansprüche reagiert, WRP 1980, 375–380 (zit.: Borck, WRP 1980, 375).
<i>Ders.</i>	Zum Anspruch auf Schadensersatz aus unlauterem Wettbewerb, WRP 1986, 1–5 (zit.: Borck, WRP 1986, 1).
<i>Ders.</i>	Das rechtliche Gehör im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, MDR 1988, 908–915 (zit.: Borck, MDR 1988, 908).
<i>Ders.</i>	Zuständigkeitserschleichung qua negativer Feststellungsklage?, WRP 1997, 265–269 (zit.: Borck, WRP 1997, 265).
<i>Bötticher, Eduard</i>	Die Gleichheit vor dem Richter, in: Bötticher, Eduard (Hrsg.), Gleichbehandlung und Waffengleichheit, Überlegungen zum Gleichheitssatz, Heidelberg [u.a.] 1979, S. 9–30 (zit.: Bötticher).

- Brehm, Wolfgang* Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Zivilprozess, Insolvenz, Öffentliches Recht, München 2000, S. 89–108 (zit.: Brehm in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III).
- Brox, Hans; Walker, Wolf-Dietrich* Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl., München 2011 (zit.: Brox/Walker).
- Bülow, Peter* Zur prozeßrechtlichen Stellung des Antragsgegners im Beschlußverfahren von Arrest und Einstweiliger Verfügung, ZJP 98 (1985) 274-286 (zit.: Bülow, ZJP 98 (1985) 274).
- Bundesministerium der Justiz* Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, Bonn 1977 (zit.: BMJ, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht).
- Busche, Jan; Stoll, Peter-Tobias* TRIPs, Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, Köln [u.a.] 2007 (zit.: Bearbeiter in Busche/Stoll).
- Büscher, Wolfgang; Dittmer, Stefan; Schiwy, Peter (Hrsg.)* Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, Kommentar, Köln [u.a.] 2008 (zit.: Bearbeiter in Büscher/Dittmer/Schiwy).
- Danckwerts, Rolf Nikolas* Örtliche Zuständigkeit bei Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet Wider einen ausufernden „fliegenden Gerichtsstand“ der bestimmungsgemäßen Verbreitung, GRUR 2007, 104–107 (zit.: Danckwerts, GRUR 2007, 104).
- Ders.* Die Entscheidung über den Eilantrag, GRUR 2008, 763–767 (zit.: Danckwerts, GRUR 2008, 763).
- Deutsch, Volker* Die Schutzschrift in Theorie und Praxis, GRUR 1990, 327–332 (zit.: Deutsch, GRUR 1990, 327).
- Dreier, Horst (Hrsg.)* Grundgesetz, Kommentar, Band I Präambel, Artikel 1-19, 2. Aufl., Tübingen 2004 (zit.: Dreier/Bearbeiter).
- Dunkl, Hans; Moeller, Dieter, Baur, Hansjörg; Feldmeier, Georg* Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, Einstweiliger Rechtsschutz in allen wichtigen Verfahrensarten, 3. Aufl., München 1999 (zit.: Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier).

<i>Dunkl, Johann</i>	Einstweiliger Rechtsschutz gegen eine vertragswidrige Weisung des Arbeitgebers, in: Bauer, Jobst-Hubertus; Kort, Michael; Möller, Thomas M.J u. a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 197–208 (zit.: Dunkl in FS für Buchner).
<i>Dunz, Walter</i>	Anmerkung zu BGH, JZ 1961, 295, Juristenzeitung 1961, 296 (zit.: Dunz, JZ 1961, 296).
<i>Dütz, Wilhelm</i>	Vorläufiger Rechtsschutz im Arbeitskampf, Betriebs Berater 1980, 533–543 (zit.: Dütz, BB 1980, 533).
<i>Emmerich, Volker</i>	Unlauterer Wettbewerb, Ein Studienbuch, 9. Aufl., München 2012 (zit.: Emmerich).
<i>Engelschall, Manfred</i>	Änderung der Verfahrensvorschriften bei Erwirkung einstweiliger Verfügungen?, GRUR 1972, 103–105 (zit.: Engelschall, GRUR 1972, 103).
<i>Ensthaler, Jürgen</i>	Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, 273–282 (zit.: Ensthaler, GRUR 1992, 273).
<i>Erdmann, Willi; Rojahn, Sabine; Sosnitza, Olaf (Hrsg.)</i>	Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., Köln 2011 (zit.: FA-GewRS/Bearbeiter).
<i>Erman, Walter</i>	Lücken im materiellrechtlichen und prozessualen Schutz von Rechten, Juristenzeitung 1960, 298–302 (zit.: Erman, JZ 1960, 298).
<i>Eser, Gisbert</i>	Probleme der Kostentragung bei der vorprozessualen Abmahnung und beim Abschlußschreiben in Wettbewerbsstreitigkeiten, GRUR 1986, 35–40 (zit.: Eser, GRUR 1986, 35).
<i>von Falckenstein, Roland</i>	Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, Verbraucherreklamationen, Verbandsklage, Haftung der Verbände, Köln 1977 (zit.: v. Falckenstein).
<i>Ders.</i>	Verbraucherverbandsklage, Schädigungen der Konsumenten und UWG-Novelle, WRP 1978, 505–513 (zit.: v. Falckenstein, WRP 1978, 505).
<i>Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.)</i>	Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1: §§ 1-4 UWG, 2. Aufl., München 2010 (zit.: Fezer/Bearbeiter).

- Ders.* Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 2: §§ 5-20 UWG, 2. Aufl., München 2010 (zit.: Fezer/Bearbeiter).
- Finken, Klaus* Die endgültige Vermögensverschiebung aufgrund einstweiliger Verfügung, Bochum 1970 (zit.: Finken).
- Fischer, Nikolaj* Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, Dargestellt am Beispiel von ausgewählten Verfassungsrechtsaspekten der reformierten Zivilprozessordnung und Zivilgerichtsbarkeit, Berlin 2002 (zit.: Fischer).
- Fritze, Ulrich* Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung im Bereich der gewerblichen Schutzrechte und im Wettbewerbsrecht, GRUR 1979, 290–294 (zit.: Fritze, GRUR 1979, 290).
- Ganslmayer, Anton* Die einstweilige Verfügung im Zivilverfahren, Stuttgart [u.a.] 1991 (zit.: Ganslmayer).
- Gaul, Hans Friedhelm; Schilken, Eberhard; Becker-Eberhard, Ekkehard* Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2010 (zit.: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard).
- Gerhardt, Walter* Rezension zu Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung (21. Auflage), ZJP 109 (1996) 534–544 (zit.: Gerhardt, ZJP 109 (1996) 534).
- Gerold, Wilhelm; Schmidt, Herbert* Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 20. Aufl., München 2012 (zit.: Gerold/Schmidt-Bearbeiter).
- Glöckner, Jochen* Europäisches Lauterkeitsrecht, München 2006 (zit.: Glöckner).
- Gloy, Wolfgang; Loschelder, Michael; Erdmann, Willi* Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in Gloy/Loschelder/Erdmann).
- Goebel, Frank-Michael; David, Hans-Joachim* AnwaltFormulare Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Bonn 2010 (zit.: Goebel/David, AnwF Zivilprozessrecht).
- Goldmann, Michael* Den Marschallstab im Tornister - Zum Streitwert der einstweiligen Verfügung beim wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch, WRP 2001, 240–242 (zit.: Goldmann, WRP 2001, 240).
- Götting, Horst-Peter; Nordemann, Axel (Hrsg.)* UWG, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit.: Götting/Nordemann/Bearbeiter).

- Grote, Rainer; Marauhn, Thilo* EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006 (zit.: Bearbeiter in Grote/Marauhn).
- Grunsky, Wolfgang* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JuS 1976, 277–287 (zit.: Grunsky, JuS 1976, 277).
- GRUR Arbeitsgruppe unlauterer Wettbewerb* Stellungnahme zum Entwurf für eine europäische Richtlinie und ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR 2003, 127–132 (zit.: GRUR-Arbeitsgruppe unlauterer Wettbewerb, Stellungnahme zum Entwurf für eine europäische Richtlinie und ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR 2003, 127).
- Hahn, Carl; Mugdan, Benno (Hrsg.)* Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2 Materialien zur Zivilprozeßordnung Abteilung 1, 2. Aufl., Berlin 1881 (zit.: Hahn/Mugdan).
- Harte-Bavendamm, Henning; Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.)* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Mit Preisangabenverordnung; Kommentar, 3. Aufl., München 2013 (zit.: Bearbeiter in Harte/Henning).
- Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.)* Münchener Anwalts-Handbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., München 2009 (zit.: Hasselblatt/Bearbeiter).
- Heidenreich, Jan Peter* Zum Kostenerstattungsanspruch für eine wettbewerbsrechtliche Gegenabmahnung, WRP 2004, 660–665 (zit.: Heidenreich, WRP 2004, 660).
- Heinze, Meinhard* Die Leistungsverfügung, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Zivilprozess, Insolvenz, Öffentliches Recht, München 2000, S. 569–591 (zit.: Heinze in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III).
- Herr, Robert* Vom Sinn und Unsinn der Schutzschriften, GRUR 1986, 436–437 (zit.: Herr, GRUR 1986, 436).
- Herrmann, Elke* Anmerkung zu BGH, JR 1988, 374 = GRUR 1987, 402 - Parallelverfahren, Juristische Rundschau 1988, 376–378 (zit.: Herrmann, JR 1988, 376).
- Hilgard, Mark C.* Die Schutzschrift im Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main [u.a.] 1985 (zit.: Hilgard).

<i>Hirtz, Bernd</i>	Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im einstweiligen Rechtsschutz, NJW 1986, 110–114 (zit.: Hirtz, NJW 1986, 110).
<i>Hoene, Verena</i>	Negative Feststellungsklage, WRP 2008, 44–47 (zit.: Hoene, WRP 2008, 44).
<i>Holzapfel, Henrik</i>	Zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbs- und Patentrecht, GRUR 2003, 287–294 (zit.: Holzapfel, GRUR 2003, 287).
<i>Hübner, Ulrich; Suh, Raphael</i>	Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 9. 12. 2004 - III ZR 200/04 (BGHZ 161, 298), LMK 2005, 69–70 (zit.: Hübner/Suh, LMK 2005, 69).
<i>Ingerl, Reinhard; Rohnke, Christian</i>	Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen; [Kommentar], 3. Aufl., München 2010 (zit.: Ingerl/Rohnke).
<i>Jacobs, Rainer; Lindacher, Walter F.; Teplitzky, Otto</i>	UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen; Grosskommentar, 1. Aufl., Band 2, Berlin 2006 (zit.: Großkomm/Bearbeiter).
<i>Jarass, Hans D.</i>	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge, 1. Aufl., München 2010 (zit.: Jarass).
<i>Ders.</i>	Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, NJW 2011, 1393–1398 (zit.: Jarass, NJW 2011, 1393).
<i>Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo</i>	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl., München 2012 (zit.: Jarass/Pieroth).
<i>Jauernig, Othmar</i>	Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZZ 79 (1966) 321–347 (zit.: Jauernig, ZZZ 79 (1966) 321).
<i>Ders. (Hrsg.)</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, Mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug); Kommentar, 14. Aufl., München 2011 (zit.: Jauernig, BGB).
<i>Jauernig, Othmar; Hess, Burkhard</i>	Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011 (zit.: Jauernig/Hess).
<i>Jestaedt, Bernhard</i>	Der Streitgegenstand des wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahrens, GRUR 1985, 480–485 (zit.: Jestaedt, GRUR 1985, 480).

<i>Kargados, Panagiotis</i>	Zur Verfassungsmässigkeit von gesetzlichen Verboten einstweiligen Rechtsschutzes, inklusive eines generellen Ausschlusses der Hauptsachevorwegnahme, in: Schilken, Eberhard; Becker-Eberhard, Ekkehard; Walter, Gerhardt (Hrsg.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1997 (zit.: Kargados in FS für Gaul).
<i>Karpenstein, Ulrich; Mayer, Franz C.</i>	EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, München 2012 (zit.: Bearbeiter in Karpenstein/Mayer).
<i>Kehl, Dieter</i>	Von der Marktbeobachtung bis zur Nichtvollziehung - wann ist es dem Anspruchsteller "nicht so eilig"?, in: Erdmann, Willi; Leistner, Matthias; Rüffer, Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Michael Loschelder, Köln 2010, S. 139–149 (zit.: Kehl in FS für Loschelder).
<i>Keller, Erhard</i>	Negative Feststellungsklage, gegenläufige Leistungsklage und Verzicht auf deren Rücknahme, WRP 2000, 908–912 (zit.: Keller, WRP 2000, 908).
<i>Kieser, Timo; Sagemann, Mirka</i>	Vollstreckung von Unterlassungsverfügungen in EU-Staaten: Bestrafungsverfahren in Deutschland wird attraktiver, GRUR-Prax 2012, 155–158 (zit.: Kieser/Sagemann, GRUR-Prax 2012, 155).
<i>Kindl, Johann; Meller-Hannich, Caroline; Wolf, Hans-Joachim</i>	Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, ZPO, ZVG, Nebengesetze, Europäische Regelungen, Kosten; Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2010 (zit.: Bearbeiter in Haertlein in Kindl/Meller-Hannich/Wolf).
<i>Klaka, Rainer</i>	Die einstweilige Verfügung in der Praxis, GRUR 1979, 593–602 (zit.: Klaka, GRUR 1979, 593).
<i>Kleveman, Dirk (Hrsg.)</i>	Anwalts-Handbuch Einstweiliger Rechtsschutz, 2. Aufl., Köln 2013 (zit.: Kleveman/Bearbeiter).
<i>Klute, Nikolai</i>	Strategische Prozessführung im Verfügungsverfahren, GRUR 2003, 34–37 (zit.: Klute, GRUR 2003, 34).
<i>Ders.</i>	Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 2006 bis 2008, NJW 2008, 2965–2971 (zit.: Klute, NJW 2008, 2965).
<i>Ders.</i>	Die aktuellen Entwicklungen im Lauterkeitsrecht, NJW 2012, 3409–3415 (zit.: Klute, NJW 2012, 3409).

<i>Kohler, Jürgen</i>	Feststellende einstweilige Verfügungen?, ZZP 103 (1990) 184–208 (zit.: Kohler, ZZP 103 (1990) 184).
<i>Köhler, Helmut</i>	Rechtsprechungsbericht zum Recht des unlauteren Wettbewerbs (Teil 3), GRUR-RR 2006, 73–78 (Köhler, GRUR-RR 2006, 73).
<i>Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim</i>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs- Informationspflichten-Verordnung, 32. Aufl., München 2014 (zit.: Köhler/Bornkamm).
<i>Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim; Henning-Bodewig, Frauke</i>	Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, 1317–1328 (zit.: Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317).
<i>Krieger, Ulrich</i>	Zur Dringlichkeit von einstweiligen Verfügungen im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 168–171 (Krieger, GRUR 1975, 168).
<i>Kur, Annette</i>	Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, amerikanischen und schwedischen Recht, Köln [u.a.] 1981 (zit.: Kur).
<i>Larenz, Karl</i>	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, New York 1991 (zit.: Larenz).
<i>Leitzen, Mario</i>	Comeback des „Torpedo“?, GRUR Int. 2004, 1010–1015 (zit.: Leitzen, GRUR Int. 2004, 1010).
<i>Lindacher, Walter F.</i>	Der >Gegenschlag< des Abgemahnten, in: Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, Köln [u.a.] 1990, S. 83–94 (zit.: Lindacher in FS für v. Gamm).
<i>Lipps, Wolfgang</i>	Gestaltungsmöglichkeiten bei einstweiligen Unterlassungsverfügungen im Wettbewerbsprozeß, NJW 1970, 226–228 (zit.: Lipps, NJW 1970, 226).
<i>Loritz, Karl-Georg</i>	Rechtsnachfolge und Umschreibung der Vollstreckungsklausel in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 106 (1993) 3–21 (zit.: Loritz, ZZP 106 (1993) 3).
<i>Luckscheiter, Uwe</i>	Der einstweilige Rechtsschutz gegen Streiks, Konstanz 1989 (zit.: Luckscheiter).

<i>Lücke, Gerhard</i>	Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, 301–307 (zit.: Lücke, JuS 1969, 301).
<i>Maaßen, Stefan</i>	Abschaffung des effektiven Rechtsschutzes durch das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, GRUR-Prax 2012, 252–255 (zit.: Maaßen, GRUR-Prax 2012, 252).
<i>Mädrrich, Joachim</i>	Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren, Köln [u.a.] 1980 (zit.: Mädrrich).
<i>Mangoldt, Hermann v.; Klein, Friedrich; Starck, Christian</i>	Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I).
<i>Mansel, Heinz-Peter</i>	Die Neuregelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89–99 (zit.: Mansel, NJW 2002, 89).
<i>Mantzourani-Tschaschnig, Maria-Markissia</i>	Die Befriedigungsverfügung nach deutschem und griechischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts, Vom summar. vorläufigen zum beschleunigten endgültigen Rechtsschutz?, Frankfurt am Main [u.a.] 1986 (zit.: Mantzourani-Tschaschnig).
<i>Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.)</i>	Grundgesetz, Kommentar, Band I, München 2012 (zit.: Bearbeiter in Maunz/Dürig).
<i>May, Axel</i>	Die Schutzschrift im Arrest- und Einstweiligen-Verfügungs-Verfahren, Köln 1983 (zit.: May).
<i>Melullis, Klaus-Jürgen</i>	Handbuch des Wettbewerbsprozesses unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, 3. Aufl., Köln 2000 (zit.: Melullis).
<i>Mes, Peter</i>	Münchener Prozessformularbuch Band 5, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheber- und Presserecht, 2. Aufl., München 2005 (zit.: Mes/Bearbeiter).
<i>Meyer, Jürgen</i>	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 (zit.: Bearbeiter in Meyer).
<i>Meyer, Susanne</i>	Richterspruchprivileg auch für Arrestbeschlüsse und einstweilige Verfügungen im Beschlusswege, NJW 2005, 864–865 (zit.: Meyer, NJW 2005, 864).
<i>Minnerop, Manfred</i>	Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln 1973 (zit.: Minnerop).

<i>Möller, Mirko</i>	Der gesetzliche Richter im Zivilprozess – Anwaltliche Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten (Teil 1), NJW 2009, 3632–3633 (zit.: Möller, NJW 2009, 3632).
<i>Morbach, Bertram</i>	Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main, New York 1988 (zit.: Morbach).
<i>Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.)</i>	Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl., München 2013 (zit.: Musielak/Bearbeiter).
<i>Nägele, Stefan</i>	Muß der Arrest oder eine einstweilige Verfügung anordnende Beschluß begründet werden?, NJW 1993, 1045–1048 (zit.: Nägele, NJW 1993, 1045).
<i>Nirk, Rudolf; Kurtze, Helmut</i>	Wettbewerbsstreitigkeiten, Eine praxisbezogene Anleitung, 2. Aufl., München 1992 (zit.: Nirk/Kurtze).
<i>Nordemann, Axel; Nordemann, Jan Bernd; Nordemann-Schiffel, Anke</i>	Wettbewerbsrecht Markenrecht, 11. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: Nordemann).
<i>Oberheim, Rainer</i>	Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 5. Aufl., Köln 2011 (zit.: Oberheim).
<i>Ostler, Fritz</i>	Wichtige prozessuale Fragen des Eilverfahrens der ZPO, MDR 1968, 713–717 (zit.: Ostler, MDR 1968, 713).
<i>Palandt, Otto (Hrsg.)</i>	Bürgerliches Gesetzbuch: mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III- Verordnungen sowie dem Haager Unterhaltsprotokoll, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB- Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 72. Aufl., München 2013 (zit.: Palandt/Bearbeiter).
<i>Pastor, Wilhelm L.</i>	Die einmalige Zuwiderhandlung, Ergänzungsvorschlag zum UWG- Änderungsentwurf, GRUR 1968, 343–348 (zit.: Pastor, GRUR 1968, 343).

- Ders.* Die Schutzschrift gegen wettbewerbliche einstweilige Verfügungen, WRP 1972, 229–244 (zit.: Pastor, WRP 1972, 229).
- Ders.* Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungstiteln: systematische Darstellung für Praxis, 3. Aufl., Köln [u.a.] 1982 (zit.: Pastor).
- Piebler, Klaus* Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, Eine rechtsvergleichende Studie zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbsrecht, Arbeitskampfrecht und Patentrecht in der Bundesrepublik und den USA, Frankfurt am Main 1980 (zit.: Piebler).
- Pietzcker, Rolf* Bericht zur Vortragsveranstaltung der GRUR Bezirksgruppe Nord vom 26. Juni 1978, GRUR 1978, 526–527 (zit.: Pietzcker, GRUR 1978, 526).
- Piper, Henning; Ohly, Ansgar; Sosnitza, Olaf* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Mit Preisangabenverordnung, 5. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in Piper/Ohly/Sosnitza).
- Pitz, Johann* Torpedos unter Beschuss, GRUR Int. 2001, 32–37 (zit.: Pitz, GRUR Int. 2001, 32).
- Prütting, Hanns; Gehrlein, Markus (Hrsg.)* ZPO, Kommentar, 4. Aufl., Köln 2012 (zit.: Bearbeiter in Prütting/Gehrlein).
- Rauscher, Thomas; Wax, Peter; Wenzel, Joachim (Hrsg.)* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1 §§ 1- 354, 4. Aufl., München 2013 (zit.: MüKoZPO/Bearbeiter).
- Dies.* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 §§ 355 - 1024, 4. Aufl., München 2012 (zit.: MüKoZPO/Bearbeiter).
- Dies.* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), 3. Aufl., München 2010 (zit.: MüKoZPO/Bearbeiter).
- Retzer, Konrad* Widerlegung der „Dringlichkeitsvermutung“ durch Interessenabwägung?, GRUR 2009, 329–333 (zit.: Retzer, GRUR 2009, 329).

<i>Rinkler, Axel</i>	„schutzschriftenregister.de“ - Domainname zu verschenken, MMR 2006, 269–270 (zit.: Rinkler, MMR 2006, 269).
<i>Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; Gottwald, Peter</i>	Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010 (zit.: Rosenberg/Schwab/Gottwald).
<i>Sachs, Michael</i>	Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2011 (zit.: Bearbeiter in Sachs).
<i>Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., Band 2, München 2012 (zit.: MüKoBGB/Bearbeiter).
<i>Schabender, Andreas</i>	Zur Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB in wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen, WRP 2002, 293–301 (zit.: Schabender, WRP 2002, 293).
<i>Schäfer, Horst</i>	Der einstweilige Rechtsschutz im Arbeitsrecht, Eine Darstellung der wichtigsten Anwendungsgebiete im arbeitsgerichtlichen Urteils- und Beschlussverfahren sowie im Arbeitskampf, Berlin 1996 (zit.: Schäfer).
<i>Schellhammer, Kurt</i>	Zivilprozess, Gesetz - Praxis - Fälle, 14. Aufl., Heidelberg [u.a.] 2012 (zit.: Schellhammer).
<i>Schilken, Eberhard</i>	Die Befriedigungsverfügung, Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes, Berlin 1976 (zit.: Schilken).
<i>Ders.</i>	Grundfragen zum Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Zivilprozess, Insolvenz, Öffentliches Recht, München 2000, S. 593–614 (zit.: Schilken in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III).
<i>Ders.</i>	Zivilprozessrecht, 6. Aufl., München 2010 (zit.: Schilken, ZPO).
<i>Schlosser, Peter F.</i>	EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozeß, NJW 1995, 1404–1406 (zit.: Schlosser, NJW 1995, 1404).
<i>Schmid, Frank</i>	Das Abmahn- und Prozeßunwesen im Wettbewerbsrecht und das UWG-ÄndG vom 25.07.1994, Tübingen 2001 (zit.: Schmid).

- Schmidhuber, Martin; Haberer, Anno* Rücknahme und Neueinreichung des Verfügungsantrags - Ein rechtsmissbräuchliches Auslaufmodell?, WRP 2013, 436–442 (zit.: Schmidhuber/Haberer, WRP 2013, 436).
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Hofmann, Hans; Hopfauf, Axel* GG, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., Köln 2011 (zit.: Bearbeiter in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf).
- Schotthöfer, Peter W.* Rechtliche Probleme im Verhältnis zwischen Feststellungsklage und Unterlassungsklage im Wettbewerbsrecht, WRP 1986, 14–18 (zit.: Schotthöfer, WRP 1986, 14).
- Schricker, Gerhard* Die Rolle des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts bei der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1973, 694–700 (zit.: Schricker, GRUR Int. 1973, 694).
- Ders.* Die Bekämpfung der irreführenden Werbung in den Mitgliedstaaten der EG, GRUR Int. 1990, 112–121 (zit.: Schricker, GRUR Int. 1990, 112).
- Ders.* Hundert Jahre Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - Licht und Schatten, GRUR Int. 1996, 473–479 (zit.: Schricker, GRUR Int. 1996, 473).
- Schröder, Peter J.* Ein Plädoyer gegen den Missbrauch des "Fliegenden Gerichtsstands" im Online-Handel, Bemerkungen zu dem Vorschlag des Bundesministeriums der Justiz zur Änderung des § 14 Abs. 2 UWG, WRP 2013, 153–160 (zit.: Schröder, WRP 2013, 153).
- Schulte, Heinrich* Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung, Beiträge zum Zivilprozess; Mannheim 1930 (zit.: Schulte).
- Schulz, Andreas* Schubladenverfügung und die Kosten der nachgeschobenen Abmahnung, WRP 2007, 589–593 (zit.: Schulz, WRP 2007, 589).
- Ders.* Die Schutzschrift im einseitigen Beschlussverfahren, GRUR-Prax 2011, 313–316 (zit.: Schulz, GRUR-Prax 2011, 313).
- Schulze, Reiner; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan* Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl., Baden-Baden 2010 (zit.: Bearbeiter in Schulze/Zuleeg/Kadelbach).

<i>Schumann, Ekkehard</i>	Der Einfluß des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Zivilprozess, Insolvenz, Öffentliches Recht, München 2000 (zit.: Schumann in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III).
<i>Schuschke, Winfried; Walker, Wolf-Dietrich</i>	Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, nach dem achten und elften Buch der ZPO einschließlich der europarechtlichen Regelungen, 5. Aufl., Köln 2011 (zit.: Schuschke/Walker/Bearbeiter).
<i>Schwarze, Jürgen (Hrsg.)</i>	EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: Bearbeiter in Schwarze).
<i>Semler, Franz-Jörg</i>	Einstweilige Verfügungen bei Gesellschafterauseinandersetzungen, Betriebs Berater 1979, 1533–1536 (zit.: Semler, BB 1979, 1533).
<i>Spätgens, Klaus</i>	Anmerkungen zur so genannten Schubladenverfügung und zur Zurückweisung anwaltlicher Abmahnungen ohne Originalvollmacht, in: Erdmann, Willi; Leistner, Matthias; Rüffer, Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Michael Loschelder, Köln 2010, S. 355–365 (zit.: Spätgens in FS für Loschelder).
<i>Speckmann, Gerhard</i>	Die Wettbewerbssache, UWG, MarkenG (gesch. Bez.), Wettbewerbsverfahren; Strategien in Wettbewerbsstreitigkeiten, 2. Aufl., Köln [u.a.] 1995 (zit.: Speckmann).
<i>Spindler, Gerald</i>	Präzisierungen der Störerhaftung im Internet, Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101–108 (zit.: Spindler, GRUR 2011, 101).
<i>Starek, Lutz</i>	Die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung auf Feststellung, Berlin, Bayreuth 2000 (zit.: Starek).
<i>Stein, Friedrich; Jonas, Martin (Hrsg.)</i>	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Band 1 Einleitung §§ 1-40, Tübingen 2003 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter).
<i>Dies.</i>	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Band 4 §§ 253-327, Tübingen 2008 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter).
<i>Dies.</i>	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Band 9 §§ 916-1068 EG ZPO, Tübingen 2002 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter).

- Stetter-Lingemann, Andrea* Die materielle Rechtskraft eines die negative Feststellungsklage abweisenden Urteils - insbesondere bei unrichtiger Beweislastverteilung -, Tübingen 1992 (zit.: Stetter-Lingemann).
- Streinz, Rudolf (Hrsg.)* EUV/AEUV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2012 (zit.: Bearbeiter in Streinz).
- Stürner, Michael* Zur Rechtskraftfähigkeit von Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, ZZP 125 (2012) 3–24 (zit.: Stürner, ZZP 125 (2012) 3).
- Teplitzky, Otto* Erfaßt die Vermutung des § 25 UWG auch den "dringenden Fall" im Sinn des § 937 Abs. 2 ZPO?, GRUR 1978, 286–287 (zit.: Teplitzky, GRUR 1978, 286).
- Ders.* Schutzschrift, Glaubhaftmachung und "besondere" Dringlichkeit bei § 937 Abs. 2 ZPO - drei Beispiele für Diskrepanzen zwischen Theorie und Praxis, WRP 1980, 373–375 (zit.: Teplitzky, WRP 1980, 373).
- Ders.* Zur Bindungswirkung gerichtlicher Vorentscheidungen im Schadensersatzprozeß nach § 945 ZPO, NJW 1984, 850–852 (zit.: Teplitzky, NJW 1984, 850).
- Ders.* Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum wettbewerblichen Anspruchs- und Verfahrensrecht III, GRUR 1991, 709–717 (zit.: Teplitzky, GRUR 1991, 709).
- Ders.* Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum wettbewerblichen Anspruchs- und Verfahrensrecht IV, GRUR 1992, 821–829 (zit.: Teplitzky, GRUR 1992, 821).
- Ders.* Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum wettbewerblichen Anspruchs- und Verfahrensrecht V, GRUR 1993, 857–865 (zit.: Teplitzky, GRUR 1993, 857).
- Ders.* Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum wettbewerbsrechtlichen Anspruch- und Verfahrensrecht VIII, GRUR 1997, 691–700 (zit.: Teplitzky, GRUR 1997, 691).

- Ders.* Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum wettbewerbsrechtlichen Anspruchs- und Verfahrensrecht X, GRUR 2003, 272–282 (zit.: Teplitzky, GRUR 2003, 272).
- Ders.* Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum wettbewerblichen Anspruchs- und Verfahrensrecht XI, GRUR 2007, 177–187 (zit.: Teplitzky, GRUR 2007, 177).
- Ders.* Die wettbewerbsrechtliche Unterwerfung heute - Neuere Entwicklungen eines alten Streitbereinigungsmittels -, GRUR 1996, 696–700 (zit.: Teplitzky, GRUR 1996, 696).
- Ders.* Gerichtliche Hinweise im einseitigen Verfahren zur Erwirkung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung, GRUR 2008, 34–40 (zit.: Teplitzky, GRUR 2008, 34).
- Ders.* Verwirkung des Verfügungsgrunds in Verfahren der einstweiligen Verfügung nach dem UWG und im Markenrecht, in: Erdmann, Willi; Leistner, Matthias; Rüffer, Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Michael Loschelder, Köln 2010, S. 391-401 (zit.: Teplitzky in FS für Loschelder).
- Ders.* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Unterlassung - Beseitigung- Auskunft - Schadensersatz, 10. Aufl., Köln 2011 (zit.: Teplitzky).
- Tettinger, Peter J.* Fairneß und Waffengleichheit, Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren, München 1984 (zit.: Tettinger).
- Thomas, Heinz; Putzo, Hans; Reichold, Klaus; Hüßtege, Rainer; Seiler, Christian* Zivilprozessordnung, FamFG, Verfahren in Familiensachen, GVG, Einführungsgesetze, EU-Zivilverfahrensrecht: Kommentar, 34. Aufl., München 2013 (zit.: Bearbeiter in Thomas/Putzo).
- Traub, Fritz; Hopp, Karl G.* Wettbewerbsrechtliche Verfahrenspraxis, Örtliche Besonderheiten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte; (einschließlich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Kostenrechts im gewerblichen Rechtsschutz), 2. Aufl., Frankfurt am Main 1991 (zit.: Traub/Hopp).
- Ullmann, Eike (Hrsg.)* Juris Praxiskommentar UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl., Saarbrücken 2013 (zit.: jurisPK-UWG/Bearbeiter).

<i>Ulrich, Gustav-Adolf</i>	Die Beweislast in Verfahren des Arrestes und der einstweiligen Verfügung, GRUR 1985, 201–211 (zit.: Ulrich, GRUR 1985, 201).
<i>Ders.</i>	Die Aufbaufrist in Verfahren der einstweiligen Verfügung, GRUR 1991, 26–31 (zit.: Ulrich, GRUR 1991, 26).
<i>Vogg, Stefan</i>	Einstweilige Feststellungsverfügung?, NJW 1993, 1357–1365 (zit.: Vogg, NJW 1993, 1357).
<i>Vollkommer, Max</i>	Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß, in: Gottwald, Peter; Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab, Zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 503–520 (zit.: Vollkommer in FS für Schwab).
<i>Vorwerk, Volkert; Wolf Christian</i>	Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 11. Edition, Stand: 01.01.2014, München (zit.: Bearbeiter in BeckOK ZPO).
<i>Walker, Wolf-Dietrich</i>	Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993 (zit.: Walker).
<i>Wehlau, Andreas</i>	Die Schutzschrift, Rechtsgrundlagen, Prozesstaktik, Formulare, Köln 2011 (zit.: Wehlau).
<i>Weisert, Daniel</i>	Rechtsprobleme der Schubladenverfügung, WRP 2007, 504–507 (zit.: Weisert, WRP 2007, 504).
<i>Wenzel, Leonhard</i>	Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, GRUR 1959, 414–417 (zit.: Wenzel, GRUR 1959, 414).
<i>Wieczorek, Bernhard; Schütze, Rolf A. (Hrsg.)</i>	Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Bd. 1 (1. Teilband Einleitung; §§ 1- 49), 3. Aufl., Berlin 1994 (zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter).
<i>Dies.</i>	Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Bd. 1 (2. Teilband §§ 50-127a), 3. Aufl., Berlin 1994 (zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter).
<i>Dies.</i>	Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Bd. 3 (§§ 128-252), 4. Aufl., Berlin 2013 (zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter).
<i>Dies.</i>	Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Bd. 4 (§§ 253-299a), 4. Aufl., Berlin 2013 (zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter).

- Dies.* Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Bd. 2 (3. Teilband, 1. Teil §§ 300-354), 3. Aufl., Berlin 2007 (zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter).
- Dies.* Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Bd. 3 (1. Teilband §§ 542-591), 3. Aufl., Berlin 2005 (zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter).
- Dies.* Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Bd. 5 (§§ 916-1048 ZPO; §§ 1-24 EGZPO; §§ 1-202 GVG; §§ 1-30 EGGVG), 3. Aufl., Berlin 1995 (zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter).
- Willems, Constantin* Wettbewerbsstreitsachen am Mittelpunkt der klägerischen Interessen?, Zum Verständnis des "fliegenden Gerichtsstands" in § 14 II 1 UWG de lege ferenda sowie de lege lata, GRUR 2013, 462–469 (zit.: Willems, GRUR 2013, 462).
- Zimmermann, Walter* Zivilprozessordnung, Mit FamFG (allgemeiner Teil sowie Verfahren in Familiensachen), GVG, EGGVG, EGZPO, EU-Zivilverfahrensrecht, 9. Aufl., Münster 2011 (zit.: Zimmermann).
- Zippelius, Reinhold* Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012 (zit.: Zippelius).
- Zöller, Richard (Hrsg.)* Zivilprozessordnung, Kommentar, Mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen; Kommentar, 29. Aufl., Köln 2012 (zit.: Zöller/Bearbeiter).

